This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 771 422

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

SPIEGAZIONE STORICA

DELLE ISTITUZIONI

DELL'IMPERATORE GIUSTINIANO

II.

SPIEGAZIONE STORICA

DELLE

ISTITUZIONI

DELL' IMPERATORE GIUSTINIANO

COL TESTO, LA TRADUZIONE, E LE SPIEGAZIONI SOTTO CIASCUN PARAGRAFO

PRECEDUTA

Da una esposizione generale del diritto romano

Secondo i testi anticamente conosciuti, o più recentemente scoverti

Joseph Louis Elzear

DEL SIG. ORTOLAN

Professore della facoltà di diritto di Parigi

SECONDA EDIZIONE ITALIANA

ESEGUITA DALL' AVV. NICCOLA LONGO-MANCINI

SULLA QUINTA ED ULTIMA EDIZIONE DI PARIGI

Riveduta e notevolmente ampliata dall' Autore

VOLUME SECONDO

NAPOLI

STABILIMENTO TIPOGRAFICO DI P. ANDROSIO

Strada Banchi Nuovi n. 15 p. p.

1856

FOR TY

O

SPIEGAZIONE STORICA

DELLE

ISTITUZIONI DI GIUSTINIANO

LIBRO TERZO

TITULUS I.

DE HEREDITATIBUS QUAE AB INTESTATO DEFERUNTUR.

Nel diritto romano noi sappiamo esser principio generale, che non poteva mai esservi ad un tempo eredità testamentaria, ed eredità regolata dalla legge. Quest'ultima non poteva aver luogo se non in mancanza dell' altra, vale a dire quando il defunto era assolutamente morto intestato,

In quali casi si moriva *intestato* ?

In qual tempo aprivasi la successione *ab intestato* ?

In qual tempo dovea aversi riguardo alla capacità, alla qualità, ed al grado degli eredi *ab intestato* ?

Ecco tre quistioni preliminari, le quali si applicano a tutti gli ordini d'eredità *ab intestato*, sulle quali bisogna innanzi tutto dar le regole del diritto romano.

Intestatus decedit qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.

Muore intestato quegli, il quale o non fece testamento affatto, o nol fece rettamente, e colui il testamento del quale fu invalidato o rotto, o non produsse alcuno erede.

Il caso che alcuno muoia intestato, dice Teofilo, può verificarsi o in fatto, o in diritto: in fatto, se sia morto senza aver

TITOLO I.

DELLE EREDITÀ CHE SI DEFERISCONO AB INTESTATO.

lasciato alcun testamento; in diritto, se ne abbia lasciato uno non ammesse dal diritto, o perchè essendo irregolarmente fatto si trovi nullo da principio, o perchè sia stato di poi rotto per l' agnazione, o quasi agnazione d'un erede suo, annullato come inofficioso, renduto inutile per mutamento di stato del testatore, venuto meno per effetto dell'incapacità, o abbandonato per rifiuto di tutti gli eredi istituiti.

Una seconda regola da osservarsi è, che l' eredità ab intestato non si apre al momento della morte del defunto, ma solamente quando è certo che non vi è eredità testamentaria: *Eo tempore quaerendum; quo certum est aliquem sine testamento decessisse* » (1). Se dunque il defunto non ha fatto testamento, o se quel ch'egli ha fatto era nullo fin dal principio, ovvero si è rotto, invalidato, o divenuto inutile in qualsivoglia modo innanzi la sua morte, in tutti questi casi l'eredità *ab intestato* si aprirà al momento medesimo della morte, perchè da questo momento vi è certezza che non vi sarà eredità testamentaria. Ma se il testamento valido ancora nel giorno della morte, si è dipoi annullato, o venuto meno, o abbandonato più tardi, per esempio, per cagione d'inofficiosità, d'incapacità posteriore degli ere-

(1) Ved. intorno a ciò §. 7.

718709

di, o di rinunzia, in tutti questi casi l'eredità *ab intestato* non si aprirà se non nel giorno che, verificatisi questi avvenimenti, si sarà avuta la certezza che non vi sarà alcun erede testamentario (*quo certum esse coeperit nullum ex testamento heredem extiturum* (1).

Una terza regola, conseguenza della precedente è quella, che per determinare quali sieno gli eredi chiamati *ab intestato*, si dee considerare la loro esistenza, la capacità, la qualità, e il grado, non al giorno della morte del defunto, ma al giorno dell'apertura della successione *ab intestato*, la quale come, più sopra abbiam detto, può aver luogo molto tempo dopo la morte. Dal che seguita poter avvenire che quelle persone le quali al giorno della morte erano le più vicine di grado tra i pretendenti all'eredità *ab intestato*, non sieno eredi al tempo dell'apertura, come sarebbe se nell'intervallo sieno morte, o divenute incapaci; e reciprocamente, che gli eredi *ab intestato* al dì dell'apertura della successione sieno de'parenti che pel loro grado non eran chiamati all'eredità nel giorno della morte(2).

Ma se non è necessario in questo caso che gli eredi *ab intestato* sieno i più vicini di grado nel giorno della morte del defunto, è però sempre indispensabile che sieno di già nati o almeno conceputi a quel tempo. Perciocchè se sieno stati conceputi dopo la morte del defunto, essi non si son mai incontrati con lui in questa vita, non han potuto riunirsi a lui per legame alcuno su questa terra, essendochè quando l'uno ha cominciato a vivere, l'altro non esisteva più; e per conseguente non possono avere alcun diritto alla sua successione *ab intestato*, tutto che si trovasse nel primo grado nel momento dell'apertura della successione (3).

Stabilite queste regole preliminari, veniamo all'ordine degli eredi *ab intestato*. Intorno a ciò avremo ad esaminare col testo quattro sistemi successivi, che progressivamente si modificano: la legislazione delle XII. Tavole, il diritto pretorio, le costituzioni imperiali anteriori a Giustiniano, e da ultimo quelle di Giustiniano.

La legge delle XII. Tavole stabiliva due ordini di eredi: 1° gli eredi suoi; 2° gli agnati. Non si passava al secondo ordine, se non in difetto del primo. In taluni casi e per talune persone vi era, dopo gli agnati, un terzo ordine, quello de' gentili. « *Intestatorum hereditas*, dice Paolo nelle sue sentenze, *lege XII. Tabularum primum suis heredibus, deinde adgnatis, et aliquando quoque gentibus deferebatur* » (4). Intorno a ciò noi abbiam veduto, nella nostra *Histoire du droit rom.* il testo delle XII Tavole, come ci è pervenuto da Ulpiano (Tav. v. § 5.).

Verremo successivamente esaminando ciascuno di questi ordini, cominciando da quello degli eredi suoi.

Relativamente ad essi avremo a vedere quali persone eran chiamate in questo ordine; 1. secondo la legge delle XII. Tavole; 2. secondo il diritto pretorio; 3. secondo le costituzioni imperiali anteriori a Giustiniano; 4. secondo quelle di Giustiniano.

Eredi suoi secondo le XII Tavole

II. *Sui autem heredes existimantur, ut supra diximus qui in potestate morientis fuerint: veluti filius, filia, nepos, neptisve ex filio, pronepos, proneptisve ex nepote, ex filio nato prognatus, prognatava. Nec interest utrum naturales sint liberi an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam qui ex legitimis quidem matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati secundum divalium constitutionum quae super his positae sunt, tenorem, heredum suorum jura nanciscuntur. Nec non eos, quos nostrae amplexae sunt constitutiones, per quas jussimus si quis mulierem in suo contubernio copulaverit non ab initio affectione maritali, eam tamen cum qua poterat habere conjugium, et ex ea liberos sustulerit; postea vero affectione procedente etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, et filios, vel filias habuerit, non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos, et in potestate patris esse, sed etiam anteriores, qui et iis qui postea nati sunt occasionem legitimi nominis praestiterunt. Quod obtinere censuimus, etsi non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos, neptisve, pronepos, proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moreretur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idque et in caeteris deinceps liberorum personis dictum intelligimus. Postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt.*

1. *Intestatorum autem hereditates ex lege Duodecim Tabularum primum ad suos heredes pertinent.*

1. L'eredità di coloro che muoiono senza testamento, per la legge delle Dodici Tavole appartengono in primo luogo agli eredi suoi.

(1) Ved. intorno a ciò *tit. 2*, § *6*.
(2) Ved. intorno a ciò *tit. 2*, § *6*.
(3) Noi vedremo l'applicazione di questo principio § 8.
(4) *Paul. Sent. 4, 8. 3.*

2. Sono suoi eredi come si è detto di sopra, coloro che sono stati in potestà del morto, come sarebbe il figliuolo, la figliuola, il nipote, e la nipote nati dal figliuolo, il bisnipote e la bisnipote nati dal nipote che è nato dal figliuolo. E non importa che i figliuoli sieno o naturali o adottivi: tra questi è necessario connumerare anche coloro, i quali non son generati da legittime nozze, e nondimeno dati alle curie delle città secondo la forma delle costituzioni imperiali sopra questo ordinate, acquistano le ragioni di eredi suoi; e coloro parimente che son compresi nelle nostre costituzioni, per le quali abbiamo comandato che, se alcuno torrà appresso di se qualche donna che possa esser sua moglie, ma non con affezione di marito, e poscia avutine de'figliuoli, e crescendo l'affezione avrà fatti con lei gl'istrumenti dotali, non solamente quei figliuoli che sono nati dopo la costituzione della dote siano legittimi ed in potestà di suo padre, ma eziandio quelli che nacquero in prima, i quali dettero occasione che quei che son nati da poi abbiano la qualità di legittimi. Ciò abbiamo voluto che parimente si osservi, quantunque dopo fatto l'istrumento dotale non fosser nati figliuoli, o essendo nati si fossero morti. Nondimeno il nipote e la nipote, il bisnipote, e la bisnipote allora sono nel numero degli eredi suoi, quando la persona che li precede cessi di esser in potestà del padre, avvenga questo o per morte o per qualunque altra ragione, come sarebbe per emancipazione. Imperocchè se nel tempo che alcuno muore ha il figliuolo in sua potestà, il suo nipote nato dal figliuolo non può essere erede suo. Il medesimo intendiamo di tutte le altre persone de'discendenti. Parimente quei postumi, i quali se fosser nati vivendo il padre sarebbero stati in sua potestà, sono eredi suoi.

L'intelligenza di questo paragrafo debb'esser chiara per noi dopo quello che precedentemente abbiam detto intorno alla paterna potestà (Vol. I. p. 117), intorno agli eredi suoi (Id. p. 309), ed ai postumi (Vol. I. p. 156 e 360). Così poco monta che la potestà paterna provenga dalle giuste nozze, o dall'adozione, o dalla legittimazione per oblazione alla Curia, o per susseguente matrimonio; i figliuoli, che al momento della morte si trovano sottoposti a questa potestà, e che sono nel primo grado, son sempre eredi suoi del defunto.

III. *Sui autem etiam heredes ignorantes fiunt, et licet furiosi sint heredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis adquiritur, ex his causis et furiosis adquiri potest, et statim a morte parentis quasi continuatur dominium. Et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus adquiratur suis heredibus hereditas, nec curatoris consensu adquiritur furioso, sed ipso jure.*

3. Gli eredi suoi divengono eredi anche ch'essi nol sappiano, e quantunque sieno pazzi; dappoichè per quelle cause, per le quali da noi si acquista anche nol sapendo, per quelle medesime possono acquistare i dementi, e perchè subito dalla morte del padre si continua in certo modo il dominio. Dal che segue che non v'è bisogno di autorità del tutore ai pupilli, nè del consenso del curatore al pazzo, per l'acquisto della eredità, che ha luogo immediatamente e di pieno diritto.

Questa regola è da noi già conosciuta (V. I. p. 309 e seg.). Quì devesi applicare tutto quello che abbiam detto intorno all'immischiarsi, od astenersi degli eredi suoi.

IV. *Interdum autem licet in potestate mortis tempore suus heres non fuerit, tamen suus heres parenti efficitur: veluti si ab hostibus reversus quis fuerit post mortem patris. Jus enim postliminii hoc facit.*

4. Talora conviene che, quantunque l'erede suo non sia stato in potestà del padre nel tempo della sua morte, nondimeno divenga erede suo, come sarebbe, se alcuno ritornasse dagl'inimici dopo la morte del padre. Dappoichè il diritto del postliminio produce questo effetto.

Noi sappiamo che i diritti del prigioniero erano semplicemente in sospeso, ma non annullati, e che per effetto del *postliminium* risolvendosi la sospensione, i diritti si trovavano ristabiliti nella loro integrità (Vol. 1, p. 148).

V. *Per contrarium autem evenit ut, licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus heres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit* per duellionis reus, *ac per hoc* memoria ejus damnata fuerit. *Suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedit; sed potest dici ipso jure suum heredem esse, sed desinere.*

5. E per contrario avviene, che quantunque alcuno sia in potestà del defunto al tempo della costui morte, nondimeno non diviene erede suo: come allorchè il padre fosse dopo la sua morte giudicato *ribelle*, e per ciò fosse *condannata la sua memoria:* in questo caso non può avere erede, essendochè il fisco gli succede. Si può ben dire che per diritto vi sia un erede suo, ma che questo cessi di esser tale.

Per duellionis reus. Quì si tratta del delitto di alto tradimento contro lo stato, o il principe (1).

Memoria ejus damnata fuerit. L'accusa di alto tradimento, dice Teofilo sotto questo paragrafo, differisce dalle altre inquisizioni criminali in questo: che tutte le altre si estinguono per la morte del colpevole, mentre quella di alto tradimento si esercita anche contro i morti (2). Questa rifles-

(1) *D. 48, 4, 11. f. Ulp.*

(2) La nostra vecchia giurisprudenza penale aveva accolto questo triste retaggio in ciò che diceva-si: *processo ai cadaveri.*

ne ci offre la spiegazione del presente paragrafo. In fatti allorchè un cittadino era condannato alla deportazione o alla schiavitù della pena, e soffriva in questo modo la media, o la grande diminuzioni di capo, questo avvenimento non apriva la sua successione a vantaggio de' suoi eredi; ma tutt'i suoi beni erano confiscati, cioè devoluti al fisco (1). Per tutti gli altri delitti delle due cose poteva avvenir l'una: o l'accusato moriva innanzi la condanna; ed allora l'azione si estiugueva, ed egli moriva nell' integrità de' suoi diritti (2), la sua successione si apriva ed i suoi eredi la raccoglievano; o la condanna era pronunziata vivendo lui, ed allora prima della sua morte, per l'effetto della sua condanna la sua famiglia si discioglieva, la potestà paterna, e tutti gli altri suoi diritti svanivano; non vi era più successione per lui, ma sibbene confiscazione de' suoi beni. Per contrario quando si trattava del delitto di alto tradimento poteva accadere che il colpevole morisse innanzi che pur fosse accusato. In questo caso al momento della sua morte egli era ancora in tutti i suoi diritti; i suoi figliuoli erano ancora in quel momento sotto la sua potestà, nella sua famiglia, *in familia defuncti mortis tempore*, come dice il testo; la sua successione si apriva e i suoi eredi o *suoi*, o altri vi eran chiamati: nondimeno se dipoi fosse sopravvenuta l' accusa, e la condanna della sua memoria, producendo questa condanna un effetto retroattivo, ed importando confiscazione de' suoi beni, ne seguiva che i suoi figliuoli quantunque fossero stati ancora sotto la sua potestà, e nella sua famiglia al tempo della sua morte, non erano eredi suoi, o piuttosto erano stati eredi secondo il diritto, ma cessavano di esser tali per effetto della condanna pronunziata contro la memoria del defunto (*ipso jure suum heredem esse, sed desinere*).

VI. *Cum filius, filiave, et ex altero filio nepos neptisve extant, pariter ad hereditatem avi vocantur, ; nec qui gradu proximior est ulteriorem excludit. Aequum enim esse videtur nepotes, neptesve in patris sui locum succedere. Pari ratione et si nepos, neptisve sit ex filio et ex nepote pronepos, pronetisve, simul vocantur. Et quia placuit nepotes neptesque item pronepotes, et proneptes in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est* non in capita, sed in stirpes hereditatem dividi: *ut filius partem dimidiam hereditatis habeat, et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filiis nepotes neptesve extent, ex altero unus forte, aut duo, ex altero tres, aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertinet, ad tres vel quatuor altera dimidia.*

6. Essendovi figliuolo, o figliuola, e nipoti nati di uno di essi figliuoli, sono egualmente chiamati all' eredità dell' avolo, e colui ch' è più prossimo in grado non esclude il più lontano. Dappoichè egli pare esser cosa onesta che i nipoti, e le nipote succedano in luogo del padre. Per la medesima ragione i nipoti, e le nipoti nati dal figliuolo, ed i bisnipoti e le bisnipoti nati dal nipote son chiamati insieme. E perchè egli piacque che i nipoli e le nipoti, i bisnipoti e le bisnipoti succedano in luogo del padre, è sembrato che sia cosa convenevole che le eredità *sieno divise non per capi, ma per stirpi*, cioè che il figliuolo abbia la metà dell'eredità, e i due nipoti, o più nati dall'altro figliuolo abbiano l'altra metà. Similmente se vi saranno nipoti di due figliuoli, e di questi uno ne abbia un solo, o due, e l' altro tre o quattro, la metà appartiene a quell' un nipote o due che sieno, e l' altra metà a quei tre, o quattro altri nipoti.

Non in capita sed in stirpes hereditatem dividi. Ecco la distinzione tra la divisione per capi, e la divisione per stirpi. La prima ha luogo quando vi sono solamente eredi suoi nel primo grado, figliuolo, o figliuole che siano, purchè sieno stati sotto la potestà del defunto. Si fanno altrettante parti eguali quanti sono i capi, cioè gli eredi, e ciascun capo o erede ha la sua.

La divisione per stirpi ha luogo se tra i figliuoli di primo grado ne sia morto alcuno innanzi l'apertura della successione *abintestato*, lasciando di se de' figliuoli nella famiglia. In tal caso questi figliuoli prenderanno tutti insieme, e si divideranno tra loro la parte che il loro padre avrebbe presa. Quì dunque non si fanno altrettante parti eguali quanti sono i capi, o eredi; ma ciascun figliuolo di primo grado è considerato nella famiglia come una stirpe, dalla quale provengono dei nuovi rami; si fanno altrettante parti eguali quante sono le stirpi, e questa parte è devoluta in ciascuna stirpe o al capo, se esiste per ancora, o ai rami che per avventura abbia lasciati, se sia morto innanzi che la successione si fosse aperta.

La divisione per istirpi ha ugualmente luogo tanto se vi sono nel medesimo tempo figlinoli o figliuole di primo grado, e discendenti di altri figliuoli premorti, quanto se, essendo morti tutti i figliuoli o figliuole di primo grado, non vi restino che discendenti de' figliuoli. Sempre che nella successione si viene a questi discen-

(1) *C. 9. 49. 2. 4. e 6.*

(2) *D. 48. 4. 11.*

denti cioè ai rami di una o più stirpi, è forza che la divisione si faccia per stirpi.

Si avverte bene che il testo ogni volta che parla quì de' nipoti, bisnipoti, etc. chiamati come eredi alla divisione per stirpi, aggiunge sempre, *che discendono da un figliuolo maschio: ex altero filio; ex nepote; ex duobus filiis.* In fatti noi sappiamo che le figliuole le quali si trovano nella famiglia sono veramente eredi suoi, ma i loro figliuoli non sono eredi suoi, perchè non entrano nella famiglia materna.

VII. *Cum autem quaeritur an quis suus heres existere possit, eo tempore quaerendum est quo certum est aliquem sine testamento decessisse, quod accidit et destituto testamento. Hac ratione si filius exheredatus fuerit, et extraneus heres institutus; et filio mortuo, postea certum fuerit heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia voluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suo heres existet; quia, quo tempore certum est intestatum decessisse patrem familias, solus invenitur nepos: et hoc certum est.*

7. Il tempo in cui si ricerca se alcuno può essere erede suo, e quello nel quale si abbia per certo che qualcuno sia morto senza testamento, il che comprende anche il caso che il testamento sia rimasto abbandonato. Per questa ragione se il figliuolo sarà stato diseredato, ed un estraneo istituito erede; ed essendo morto il figliuolo, si abbia per certo che l' erede istituito nel testamento, non sia più erede, o perchè non abbia voluto, o perchè non abbia potuto; il nipote sarà erede suo all' avolo: dappoichè in quel tempo nel quale si rende certo che il padre di famiglia morì intestato si trova solo il nipote. E questo non può rivocarsi in dubbio.

Questa è l' applicazione del principio generale, che quì sopra abbiam fermato (pag. 1), relativamente al tempo nel quale deve riguardarsi la capacità ed il grado degli eredi *ab intestato*. Nell' esempio arrecato dal testo il nipote non era il più prossimo erede al giorno della morte, poichè in quel tempo era preceduto da suo padre; ma siccome la successione *ab intestato* si è aperta dopo quel tempo, quando il testamento che vi era è divenuto inutile per la mancanza dell' istituito, ed in questo tempo il nipote per la morte di suo padre si trova nel primo grado, egli è l' erede suo.

VIII. *Et licet post mortem avi natus sit tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus; posteaque deserto avi testamento suus heres efficitur. Plane si et conceptus, et natus fuerit post mortem avi, mortuo, patre suo, desertoque postea avi testamento suus heres avo non existet, quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit.* Sic nec ille est inter liberos avi, *quem filius emancipatus adoptaverat. Hi autem cum non sint quantum ad hereditatem liberi,* neque bonorum possessionem *petere possunt, quasi proximi cognati.*

Haec de suis heredibus.

8. E quantunque egli sia nato dopo la morte dell' avolo, se fu concepito vivendo l' avolo, morto suo padre, e repudiato il testamento dell'avolo, diviene erede suo. Ma se sarà conceputo, e nato dopo la morte dell'avolo, morto suo padre, ed abbandonato il testamento dell' avolo, non sarà suo erede di quest'ultimo, perchè non ha sorta alcuna di cognazione col padre di suo padre. *Così non è connumerato tra i discendenti dell' avolo* colui che fu adottato dal figliuolo emancipato. Costoro non essendo suoi discendenti quanto all' eredità, non possono neppure addomandare *il possesso dei beni* come cognati prossimi.

E questo si dice degli eredi suoi.

Quì si scorge il principio innanzi esposto (pag. 2), che per avere de' diritti in una eredità è necessario essere stato almeno conceputo innanzi la morte del defunto.

Sic nec ille est inter liberos avi. Quì si fa una specie di comparazione. Egli è evidente che l'adozione fatta dal figliuolo emancipato dopo la sua emancipazione non crea veruna sorta di legame di filiazione rispetto al padre emancipante; siccome il figliuolo emancipato è uscito dalla famiglia di suo padre, i figliuoli che egli posteriormente adotterà, sono estranei al padre e naturalmente, e civilmente.

Neque bonorum possessionem. Così i membri della famiglia non nati nè conceputi per ancora al giorno della morte del defunto non hanno sulla sua successione *ab intestato* alcuna specie di diritto nè civile, nè pretorio.

Haec de suis heredibus. Quì finisce l' enumerazione degli eredi suoi, e delle regole che li riguardano secondo la legge delle XII. Tavole. In questo sistema non si ha alcun riguardo al legame naturale del sangue, ma solamente al legame civile risultante dalla potestà paterna. I discendenti del defunto, che non erano sotto la sua potestà al giorno della sua morte non hanno alcun diritto sulla sua successione *ab intestato*. Da ciò si han tre classi di discendenti: 1° gli emancipati; 2° quelli dati in adozione; 3° quelli che discendono per via di donne. I temperamenti che di poi furono successivamente arrecati al rigore del diritto civile, furono introdotti per soccorrere queste tre sorte di discendenti: in modo che tutti questi discendenti benchè si trovassero fuori della famiglia e della potestà pater-

na, progressivamente fossero chiamati, secondo il loro grado di filiazione, alla successione *ab intestato* del loro ascendente in concorso coi veri eredi suoi, e senza che essi fossero tali.

Il diritto pretorio fu il primo a cominciar questa riforma pei figliuoli emancipati, e per quelli dati in adozione.

Discendenti chiamati al grado degli eredi suoi dal diritto pretorio.

IX. Emancipati autem liberi, *jure civili nihil juris habent: neque enim sui heredes sunt quia in potestate parentis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem XII. Tabularum vocantur. Sed praetor, naturali aequitate motus, dat eis* bonorum possessionem *UNDE LIBERI, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent: sive soli sint, sive cum suis heredibus concurrant. Itaque duobus liberis extantibus, emancipato, qui et tempore mortis in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuerit solus jure civili heres est, id est* solus suus heres. Sed, *cum emancipatus beneficio praetoris in partem admittitur*, evenit, ut suus heres pro parte heres fiat.

9. *I discendenti emancipati*, per diritto civile non hanno alcun diritto; cessano di essere eredi suoi, non essendo più sottoposti al padre, e non son chiamati per alcun' altra ragione dalla legge delle XII. Tavole. Ma il pretore mosso dall' equità naturale dà loro *il possesso dei beni UNDE LIBERI*, non altrimenti che se fossero stati in potestà del padre nel tempo della sua morte, o che siano soli, o che concorrano con gli eredi suoi. Laonde essendovi due figliuoli l' uno emancipato, e l' altro che fu in potestà, costui sarà solo erede per diritto civile, cioè *solo erede suo. Ma*, essendo l' emancipato ammesso in parte per beneficio del pretore, *avviene che l' erede suo diventa erede per parte.*

Noi abbiamo già spiegato (V. I. p. 363) come il pretore avendo riguardo al legame naturale, chiamò all' eredità *ab intestato* in concorso con gli eredi suoi i discendenti emancipati, donde nasceva pel padre emancipante che facesse testamento, l'obbligazione di diseredarli. Quì non ci rimane che ad esporre alcune particolarità.

Emancipati autem liberi. Questo si applica non pure ai discendenti che sono stati personalmente emancipati, ma eziandio alla loro posterità. Così i discendenti che il figliuolo emancipato ha avuto dopo la sua emancipazione, in caso di premorienza del padre loro son nel luogo di lui chiamati dal pretore alla successione dell'avolo emancipante, in concorso con gli eredi suoi (1). Similmente i discendenti del figliuolo emancipato già nati prima dell'emancipazione, e che per conseguenza eran restati sotto la potestà dell'avolo e non han seguito quella del padre loro son pure chiamati dal pretore tra gli eredi suoi del padre (2). In fine la decisione del pretore applicavasi in generale a tutti i casi, in cui i figliuoli, e discendenti si trovavano per qualunque cagione fuori la potestà paterna del loro padre, o di ogni altro ascendente (3). Costoro a cagione del solo legame naturale erano chiamati nel loro grado alla successione *ab intestato* in concorso con gli eredi suoi, purchè peri avessero il godimento de' diritti di cittadinanza. Così se la potestà paterna sia stata sciolta per la deportazione, o per la schiavitù della pena, e più tardi vi sia stata restituita, benchè la potestà paterna non si trovi ristabilita per siffatta restituzione, pure i figliuoli saran chiamati all'eredità pretoria del loro ascendente (4). Il loro caso del discioglimento della potestà paterna per via di adozione era governato da regole particolari, che nel seguente paragrafo spiegheremo.

Possessionem unde liberi. Così, fermiamo bene che il pretore chiamando questi discendenti in concorso con gli eredi suoi, non li rende *eredi suoi*; esso non li chiama altrimenti che per un possesso di beni. Noi più innanzi esporremo particolarmente tutto quello che riguarda i possessi de' beni ed in ispezialtà quello che è detto *unde liberi*: per ora basterà quel che ne abbiam detto (V. I. pag. 363).

Solus suus heres. Sed evenit ut pro parte heres fiat. Cioè in quanto al diritto ed al titolo, i discendenti posti sotto la potestà del defunto sono i soli *eredi suoi*; ma in quanto al fatto ed al possesso, per effetto del concorso degli altri discendenti non raccolgono che una parte dell' eredità.

X. *At hi* qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt, *non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi: si modo cum is moreretur in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo, et quantum ad hunc aeque extraneorum loco fiunt; et quantum ad naturalis parentis bona*

(1) *D. 37. 4. 5. pr. f. Ulp.*
(2) *Ivi 6. f. Paul. e 21. f. Mod.*
(3) *Ivi 1. § 6, f. Ulp.*
(4) *Ivi 37, 4. 1. § 9. — Ivi 2. f. Hermog.*

pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit, quia iniquum erat esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos ejus an ad agnatos.

10. Ma coloro i *quali emancipati dal padre si dettero in arrogazione*, non sono ammessi come discendenti alla successione de'beni del padre naturale, se nel tempo ch' egli morì furono nella famiglia adottiva. Poichè se vivendo lui furono emancipati dal padre adottivo, sono ammessi a'beni del padre naturale non altrimenti che se, emancipati da lui, mai non fossero stati adottati; ed in quanto al padre adottivo essi cominciano a divenirgli estranei. Ma se furono emancipati dal padre adottivo dopo la morte del padre naturale giustamente sono in luogo di estranei verso il primo: nè per questo acquistano il grado di discendenti relativamente ai beni dell' altro. Così è piaciuto, perchè era cosa iniqua che fosse in potestà del padre adottivo il determinare a chi appartenessero i beni del padre naturale o a'figliuoli, ovvero agli agnati.

Questo paragrafo trovasi già in parte spiegato da ciò che precedentemente sopra questo medesimo soggetto abbiam detto (Vol. I, pag. 364).

Qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt. Il testo quì fa parola solamente de'figliuoli emancipati, i quali dopo l'emancipazione si fosser dati da se medesimi in arrogazione ad un terzo; ma noi sappiamo da un passo precedentemente indicato (p. citat.) che avveniva precisamente il medesimo pei figliuoli dati direttamente dal loro padre in adozione ad un terzo. Adunque le disposizioni del paragrafo si applicano ed a figliuoli dati in adozione dal loro padre, ed a'figliuoli dal loro padre emancipati, e che da se medesimi si son dati in arrogazione.

Si dee por mente che cotali figliuoli in questi due casi differiscono da' figliuoli semplicemente emancipati in ciò, che quelli non solamente sono usciti dalla potestà, e dalla famiglia del padre loro, ma di più sono entrati sotto la potestà, e nella famiglia d' un terzo, sulla successione del quale hanno acquistato de' diritti di eredi suoi in compenso di quelli che nella loro famiglia naturale han perduti. Siffatta differenza di situazione in ciò che li riguarda ha cagionato la differenza delle disposizioni del diritto pretorio relativamente ad essi.

Ciò posto osserviamo, che il testo ha cura di determinare i diritti di successione che essi possono avere e nella famiglia del padre naturale, ed in quella del padre adottivo. A questo riguardo il testo suppone tre casi: 1. che si trovino ancora nella famiglia del padre adottivo; 2. che ne sieno usciti per emancipazione, vivendo ancora il loro padre naturale; 3. che ne sieno usciti per emancipazione dopo la di costui morte.

Nel primo caso, se essi han perduto i loro diritti di successione in una famiglia li hanno acquistati in un'altra: essi sono eredi suoi del padre adottivo; e per conseguenza il pretore non dà loro alcun diritto di possesso sull' eredità del padre naturale.

Nel secondo caso, usciti dalla famiglia adottiva non vi conservano più alcuna specie di diritto, perciocchè essi vi erano uniti per un legame solamente civile, e questo legame è disciolto. Acciò dunque non si trovino privi di ogni eredità, da questo punto il pretore rende loro il privilegio de'legami del sangue riguardo al loro padre naturale che ancora è in vita, e così alla morte di costui saranno chiamati all' eredità pel *possesso unde liberi*, in concorso con gli eredi suoi.

Nel terzo caso, la loro uscita della faglia adottiva li lascia senza alcun diritto di eredità in questa famiglia, e nondimeno il pretore non ne dà loro alcuno sull' eredità del padre naturale; in fatti essendo questi già morto precedentemente, l'emancipazione posteriore del padre adottivo, la quale secondo il diritto pretorio dovea farli rientrare nell'eredità del padre naturale, giunge troppo tardi; essi per questo riguardo sono in certa guisa somiglianti a que' discendenti, che fosser conceputi e nati dopo la morte del defunto, i quali non hanno alcun diritto nella successione di questo defunto. D'altra parte il testo ne dà anche un'altra ragione, ed è che non debb' essere in potestà del padre adottivo di mutar l'ordine della successione del padre naturale, emancipandoli troppo tardi, quando egli è già trapassato. E questo è un caso, in cui secondo il diritto pretorio poteva intervenire che i figliuoli adottivi si trovassero privi di ogni eredità paterna, così di quella del padre naturale come di quella del padre adottivo. A siffatto inconveniente Giustiniano ha voluto por riparo, trattando dell' azione (vol. 1. pagina 139).

XI. *Minus ergo juris habent adoptivi, quam naturales: namque naturales emancipati, beneficio praetoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant: adoptivi vero emancipati, et jure civili perdunt gradum liberorum, et a praetore non adjuvantur: et recte. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest, nec quia*

desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii, filiaeve, aut nepotes, neptesve esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia jus, nomenque filii, filiaeve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est emancipati ne perdunt.

11. Adunque i figliuoli adottivi hanno meno diritto che i naturali: mentre i naturali emancipati ritengono per beneficio del pretore il grado di discendenti, quantunque per ragion civile lo perdano. Ma gli adottivi emancipati e per ragion civile perdono il grado di discendenti, e dal pretore non sono ammessi: e con ragione. Dappoichè la ragion civile non può spegnere le ragioni naturali, e perchè i discendenti naturali cessino d' essere eredi suoi, non per questo posson cessare d' esser figliuoli, o figliuole, o nipoti. Ma gli adottivi emancipati cominciano ad essere in luogo di estranei, perchè essi perdono per un' altra ragione civile, cioè per l'emancipazione quel diritto e quel nome di figliuolo, o di figliuola, che per l'adozione aveano acquistato.

XII. *Eadem haec observantur et in ea bonorum possessione, quam* contra tabulas *testamenti parentis liberis praeteritis, id est neque heredibus institutis, neque, ut oportet, exheredatis praetor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate parentis, mortis tempore fuerint, et emancipatos vocat praetor ad eam bonorum possessionem; eos vero qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti ad bona ejus non admittit; quia desinunt numero liberorum esse.*

12. Le stesse norme si osservano per quel possesso di beni che il pretore promette *contro le tavole* del testamento, a' discendenti omessi, vale a dire che non sono stati istituiti eredi, nè regolarmente diseredati. Imperocchè il pretore chiama al medesimo possesso di beni coloro che saranno stati in potestà nel tempo della morte, e gli emancipati; ma repelle que' che nel tempo che si morì il padre naturale, furono nella famiglia adottiva. Similmente siccome non ammette alla successione *ab intestato* dell' adottante i discendenti adottivi emancipati dal loro padre adottante, così molto meno li ammette a'di costui beni *contra le tavole* del testamento, perciocchè cessano d' esser nel numero de' suoi discendenti.

Contra tabulas. Da che i figliuoli emancipati o dati in adozione, ne' diversi casi, che qui sopra abbiamo indicati, erano dal Pretore chiamati all'eredità paterna in concorso con gli eredi suoi, risultava l'obbligazione del padre che faceva il testamento, di escluderli espressamente dall' eredità, o in altri termini, di diseredarli se non li volea per eredi. In caso d'omissione, il testamento, secondo il diritto civile non era nullo, ma il pretore dava a' discendenti trasandati la possessione de' beni *contra tabulas*. Tutto questo è una ripetizione di ciò che abbiamo già innanzi spiegato (vol. 1. pag. 363 e seguenti).

XIII. *Admonendi tamen sumus eos qui in adoptiva familia sunt, qui post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, id est qua cognati defuncti vocantur. Ex qua parte ita admittantur, si neque sui heredes liberi, neque emancipati obstent, neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim praetor liberos vocat tam suos heredes, quam emancipatos, deinde legitimos heredes, deinde proximos cognatos.*

13. Nondimeno è da avvertire, che coloro i quali sono adottati, e dopo la morte del padre naturale saranno stati emancipati dal padre adottivo, essendo morto il padre naturale senza testamento, quantunque non siano ammessi per quella parte dell' editto, per la quale i discendenti son chiamati al possesso de' beni, essi nondimeno sono da un' altra parte chiamati; cioè quella che chiama i cognati del morto. Per la qual parte sono ammessi, purchè nè discendenti suoi eredi, nè emancipati facciano ostacolo e niun agnato vi intervenga. Dappoichè il pretore chiama innanzi i discendenti tanto eredi suoi, quanto emancipati, di poi gli eredi legittimi, e nel terzo luogo i cognati più vicini di grado.

Questo paragrafo per verità non appartiene all' ordine di eredità del quale qui trattiamo: esso è un avvertimento anticipato, *admonendi tamen sumus*. L' ordine de' cognati nell'eredità era un terzo ordine, che il pretore chiamava in mancanza de' due primi, cioè dopo gli eredi suoi, e gli agnati. Noi vedremo che tutti i parenti per vincolo di sangue eran chiamati in questo terzo ordine, senza alcun riguardo ai legami civili di famiglia, per conseguenza i figliuoli, e discendenti non ammessi tra gli eredi suoi si trovavano in questo terzo ordine innanzi a tutt'i cognati. Ma questo era un ordine sussidiario, perciocchè non si veniva ad esso, se non dopo i due ordini precedenti di eredi.

Discendenti chiamati al grado di eredi suoi dalle imperiali costituzioni anteriori a Giustiniano.

Il diritto pretorio per le disposizioni che abbiamo esposte avea mitigato il rigore del dritto civile riguardo ai discendenti emancipati, o dati in adozione, ma nulla era stato fatto in favore de' discendenti delle figliuole. Una costituzione de-

gl'imperadori Valentiniano, Teodosio, ed Arcadio provvide agl'interessi di costoro. Siffatta costituzione decise, che quando una figliuola membro di una famiglia, e per conseguenza erede suo, fosse morta innanzi che la successione *ab intestato* si fosse aperta, i figliuoli o nipoti di *lei*, quantunque secondo il diritto ci le fossero estranei alla famiglia materna, verrebbero in tale successione a rappresentare la loro madre, e prender la parte ch'ella medesima vi avrebbe presa, però con una certa diminuzione. Se essi venivano in concorso con altri eredi suoi, non poteano prendere che i due terzi della porzione materna; ma se, non v'essendo alcun altro erede suo, venivano ad escludere gli agnati, ai quali secondo il diritto civile sarebbe appartenuta la successione, la costituzione voleva che costoro si ritenessero come per una specie di Falcidia il quarto dell' eredità.

Di tal fatta son le disposizioni della costituzione che troviamo nel codice di Teodosio (1), e di cui le Istituzioni ci danno la parafrasi nel § 15 qui appresso.

Discendenti chiamati al grado di eredi suoi per le costituzioni di Giustiniano.

Per le disposizioni del diritto pretorio, e delle costituzioni imperiali ora esposte il rigore del diritto civile trovavasi temperato.

Riguardo a'figliuoli emancipati in tutti i casi;

Riguardo a'figliuoli entrati per adozione in altra famiglia, solamente in certi casi, cioè se erano usciti dalla famiglia adottiva innanzi la morte del padre naturale;

Riguardo a'figliuoli, e discendenti delle figliuole, solamente in parte; perciocchè doveano lasciare un terzo o un quarto della porzione della loro madre, secondochè venivano all'eredità con altri eredi suoi, o solamente con agnati.

Giustiniano diè compimento a ciò che mancava a cotali attenuazioni.

Egli non ebbe nulla ad aggiugnere riguardo a'figliuoli emancipati; per quelli dati in adozione, sappiamo che introdusse un novello sistema, secondo il quale l'adozione non fece più perdere i diritti di famiglia nella famiglia naturale;

In quanto a'discendenti delle figliuole, ei li restrinse sempre ai due terzi della porzione della loro madre, se venivano in concorso con altri eredi suoi, ma diè loro l'intera eredità, se non vi restavano che soli agnati, di tal che essi esclusero in tutto gli agnati, come i veri eredi suoi avrebbe fatto.

Tali sono le disposizioni esposte nei paragrafi che seguono.

XIV. *Sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt, aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super his personis posuimus, quae a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus in quibus filii et naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant, et adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes constitutionem scripsimus per quam definivimus quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit* ab intestato *ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto; neque jure civili, neque praetorio ex hereditate ejus aliquid persequi potest; neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta; cum nec necessitas patri adoptivo imponatur vel heredem eum instituere, vel exheredatum facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum*, neque si ex Sabiniano senatus-consulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. *Nam et in ejusmodi casu neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens*

(1) *Cod. Theod. lib. 5, tit. 1. const. 4.* Crediamo cosa utile di quì trascriverne il testo:

« *Si defunctus cujuscumque sexus aut numeri reliquerit filios, et ex filia defuncta cujuscumque sexus aut numeri nepotes, ejus partis, quam defuncti filia superstes patri inter fratres suos fuisset habitura, duas partes consequantur nepotes ex eadem filia, tertia pars fratribus, sororibusve ejus, quae defuncta est, id est filiis filiabusque ejus, de cujus bonis agitur, avunculis scilicet, sive materteris eorum, quorum commódo legem sancimus, accrescat. Quod si hic defunctus de cujus bonis loquimur, habebit ex filia nepotes, et praeterea filios non habebit, sed qui praeferri nepotibus possint, habebit agnatos, in quamdam Falcidiam et in dodrantem nepotes jure succedant. Haec eadem, quae de avi materni bonis constituimus, de aviae maternae, sive etiam paternae simili aequitate sancimus: nisi forte avia elogia inurenda impiis nepotibus, justa semetis ratione monstraverit. Non solum autem si intestatus avus, aviave defecerit, haec de nepotibus quae sancimus jura servamus; sed etsi avus, vel avia, quibus hujusmodi nepotes erant, testati obierint, et praterierint nepotes, aut exheredaverint eosdem et de injusto avorum testamento, et si quae filiae poterant, vel de re, vel de lite competere actiones, nepotibus deferemus, secundum justum nostrae legis modum, quae de parentum inofficiosis testamentis competunt filiis* ».

naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure tam naturali, quam legitimo in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si pater familias se se dederit adrogandum. Quae specialiter, et singulatim ex praefatae constitutionis tenore possunt colligi.

14. Tale era il diritto antico, ma noi vi abbiamo apportato parecchie modificazioni colla nostra costituzione su' figli dati in adozione da' loro padri naturali. Ed in vero noi trovammo alcuni casi ne' quali i figliuoli e perdevano la successione dei padri naturali per causa dell' adozione, e disciolta l'adozione con facilità per via dell' emancipazione, non eran chiamati alla successione nè dell'uno, nè dell' altro padre. Noi correggendo ciò secondo la nostra usanza, scrivemmo una costituzione, per la quale abbiamo dichiarato, che quando il padre naturale darà il suo figliuolo ad altri in adozione, gli debbono esser serbate le sue ragioni così interamente, come se si restasse in potestà del suo padre naturale, e mai non fosse seguita l'adozione, fuor solamente che in questo caso egli potrà venire alla successione del padre adottivo *ab intestato*. Ma se costui abbia fatto un testamento, non può dalla costui eredità aver nulla nè per diritto civile, nè per pretorio, nè chiedere il possesso de'beni *contra tabulas* nè querelare il testamento come inofficioso, essendochè non è imposta necessità al padre adottivo di istituirlo erede, o diseredarlo, come quegli che non gli è congiunto per alcun legame naturale; *ed anche se si trattasse di un adottato preso fra tre maschi secondo il senato-consulto Sabiniano*. Dappoichè in cosiffatto caso non gli vien servata la quarta parte, nè gli compete alcun' azione per ricuperarla. Nondimeno la nostra costituzione fa eccezione per colui, il quale sia preso in adozione da un suo ascendente naturale, poichè concorrendo in questa persona tanto la ragion naturale, quanto la civile, abbiam conservato a siffatta adozione tutti i suoi antichi effetti, non altrimenti che a quella di un padre di famiglia il quale siasi dato in arrogazione; le quali disposizioni particolarmente si possono raccogliere dal contenuto della presente nostra costituzione.

Le disposizioni di questo paragrafo ci sono già note per ciò che ne abbiam detto trattando dell'adozione (vol. I. p. 139 e seg.).

Neque si ex Sabiniano senatus-consulto ex tribus maribus fuerit adoptatus.

Noi già sapevamo, ed il testo quì ce lo ripete, che siccome l'adozione, secondo Giustiniano, non produce più la potestà paterna, l'adottato ha sopra i beni dell'adottante un semplice diritto di successione *ab intestato*, senza che possa querelarsi, se l'adottante facendo un testamento, non gli abbia lasciato assolutamento nulla, e questo è, dice il testo, anche quando si tratti di una persona adottata fra tre figliuoli maschi. A questo proposito, ecco, dice Teofilo nella sua Parafrasi, quel che bisogna sapere: « Se avendo tre figliuoli maschi ne do uno in adozione, quest' adozione vien detta *ex tribus maribus*; ed il senato consulto Sabiniano dispone che voi, adottando, contrarrete l'obbligazione di lasciar il quarto de'vostri beni a colui che fra tre figliuoli maschi così avete adottato; e se non gli lasciate questo quarto, il senato consulto gli dà un'azione per chiederne il rilascio contra i vostri eredi ». L' intenzione di cosiffatto senato consulto, del quale non abbiamo altre notize più precise e, che per congettura fissiamo sotto il regno di Marco-Aurelio (an. di R. 914 a 922) è agevole a comprendersi. Il senato consulto avea voluto assicurare il figliuolo adottato fra tre maschi, da ogni avvenimento, che dopo avergli fatto perdere per causa dell'azione i suoi diritti di successione nella sua famiglia naturale, potesse eziandio fargli perdere i medesimi diritti nella famiglia adottiva, se per avventura fosse emancipato, o diseredato. Per conseguenza il senato-consulto gli avea assicurato per qualunque evento una quarta parte sull'eredità del padre adottante. Siccome pel diritto di Giustiniano l'adottato non perde più i suoi diritti di successione nella famiglia naturale, l'assicurazione di questa quarta diviene inutile e fuor di proposito.

Ma perchè il senato-consulto Sabiniano avea riservato questo privilegio al figliuolo fra tre maschi? Che vi era di particolare in questo genere di adozione? Noi nol sappiamo bene. L'opinione di Einnecio, il quale suppone che la quarta era data sopra i beni non del padre naturale, è evidentemente inammessibile.

XV. *Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes, qui ex virili sexu descendunt ad suorum vocabat successionem, et juri adgnatorum eos anteponebat; nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, et pronepotes ex neptibus cognatorum loco numerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi, vel proavi materni, quam in aviae vel proaviae sive paternae sive maternae successionem. Divi autem principes non passi sunt talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere: sed cum nepotis et pronepotis nomen commune est utrisque quitam ex masculis, quam ex feminis descendunt, ideo eumdem gradum, et ordinem successionis ei donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis qui non solum naturae, sed etiam veteris juris suffragio muniuntur, portionem nepotum, vel neptum, vel deinceps de quibus supra diximus, paulo minuendam esse existimaverunt; ut minus tertiam partem acciperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum, vel avus paternus sive maternus,* quando femina mortua

a cujus de hereditate agitur: iisque, licet soli sint, plentibus, agnatos minime vocabant. Et quemadmodum lex XII. Tabularum filio mortuo, nepotes, vel neptes, pronepotes, vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi vocat, ita et principalis dispositio in locum matris suae vel aviae, cum jam designata partis tertiae deminutione vocat.

15. Similmente l'antichità più favorevole ai figliuoli maschi chiamava alla succession de' suoi solamente i nipoti, o le nipoti per via di maschi, li preponeva agli agnati, ed annoverando poi tra agnati i nipoti ch' eran nati dalle figliuole, ed i bisnipoti nati dalle nipoti, li chiamava dopo la linea degli agnati tanto alla successione dell' avolo e del bisavolo materno, quanto a quella dell' avolo, o bisavola paterna o materna. Ma i divini principi non hanno permesso che una tale violazione del diritto naturale si lasciasse senza la debita correzionale; e siccome il nome di nipote, e bisnipote è comune agli uni, e agli altri, cioè a coloro che discendono tanto da' maschi quanto dalle femine, così hanno attribuito loro il medesimo grado ed ordine nella successione. Però affinchè coloro abbiano qualche cosa di più i quali non solamente dalla natura, ma eziandio dal favore dell' antico diritto sono ajutati, han giudicato che si dovesse menomare un poco la porzione de' nipoti e delle nipoti, e di tutti gli altri, de' quali sopra si è detto, sicchè pigliassero un terzo di meno di quel che avrebbe preso la madre loro, o l' avola, ovvero il padre loro, o l' avolo paterno o materno *quando si tratti* della successione di una femmina; e venendo essi all' eredità, quantunque fossero soli, *non vi eran chiamati per nulla gli agnati.* E siccome la legge delle XII. Tavole, morto il figliuolo, chiama in luogo del loro padre alla successione dell' avolo i nipoti, le nipoti, i bisnipoti, e le bisnipoti, così le costituzioni imperiali li chiamano in luogo della madre, o dell' avola; col decrescimento già indicato della terza parte.

Queste son le disposizioni della costituzione degl' imperadori Teodosio, Valentiniano ed Arcadio, che qui sopra abbiam riportate (p. 13 in nota).

Agnatos minime vocabant. La voce *minime* qui non è esatta, poichè gli agnati in questo caso, secondo la costituzione degl' imperadori, ritenevano un quarto come una spezie di Falcidia.

XVI. *Sed nos, cum adhuc dubitatio manebat inter agnatos et memoratos nepotes, quartam partem substantiae defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem a nostro codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata toti juri ejus derogatum est; et sancimus, talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, et deinceps superstitibus agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare: ne hi qui ex transversa linea veniunt potiores iis habeantur qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem et tempora et nunc sancimus ita tamen ut, quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita sed in stirpes dividi hereditatem; similiter nos inter filios, et nepotes ex filia distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes, et alias deinceps personas: ut utraque progenies matris suae vel patris, aviae vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur: ut si forte unus, vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres, aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.*

16. Ma noi, essendovi ancora qualche dubbio tra gli agnati, e i detti nipoti, giacchè gli agnati acquistavano la quarta parte della sostanza del morto, per autorità d' una certa costituzione, abbiamo separata la detta costituzione dal nostro codice e non abbiamo voluto che dal codice di Teodosio fosse passata nel nostro. Per la nostra costituzione poi si è in tutto derogato al diritto di quell' altra, ed abbiamo comandato che gli agnati non succedano in parte alcuna al morto, quando sieno vivi i nipoti nati da figliuola, ed i bisnipoti nati da una nipote, e così di seguito; acciocchè coloro che vengono per linea trasversale non abbiano miglior condizione di quegli che discendono per linea diritta. La qual costituzione abbiamo comandato che vaglia secondo il suo tenore, e la data: però siccome l' antichità volle che fosse divisa l'eredità in stirpi e non per capi tra i figliuoli, ed i nipoti nati da figliuolo, così noi comandiamo che si faccia la divisione tra i figliuoli ed i nipoti nati da figliuola, ovvero tra tutti i nipoti, o le nipoti, i bisnipoti o le bisnipoti; e che l'una e l'altra progenie prenda senza alcuna deminuzione la porzione del padre o della madre, dell' avolo, o dell' avola; che se per avventura saranno uno o due da una parte, e tre o quattro dall' altra, quell' uno, o due avranno la metà dell' eredità, e gli altri tre o quattro l' altra metà.

Quì terminano le disposizioni relative a' figliuoli o discendenti chiamati dal pretore, dagl'imperadori, o da Giustiniano al grado di eredi suoi. Un' osservazione generale, che riguardo a costoro si vuol fare, è, che non avendo veramente la qualità di eredi suoi, non sono eredi necessarii e non acquistano l' eredità forzatamente e di pieno diritto. Ma siffatta osservazione non riguarda i figliuoli dati in adozione, i quali secondo la costituzione di Giustiniano restano eredi suoi, perchè non escono dalla potestà, nè per conseguenza dalla famiglia del padre naturale.

TITULUS II.

DE LEGITTIMA AGNATORUM SUCCESSIONE

Si nemo suus heres, vel eorum, quos inter suos heredes praetor, vel constitutiones vocant, extat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege XII. Tabularum, ad agnatum proximum pertinet hereditas.

TITOLO II.

DELLA LEGITTIMA SUCCESSIONE DEGLI AGNATI

Se non vi sarà alcun erede suo, o alcun di coloro i quali sono dal pretore, o dalle costituzioni chiamati tra gli eredi suoi, che raccolga in qualunque modo la successione, in questo caso l'eredità si appartiene per la legge delle XII. Tavole al prossimo agnato.

L'ordine degli agnati viene soltanto allorchè quello degli eredi suoi, o de'discendenti che sono elevati al grado di eredi suoi, manca in tutto, o trovasi decaduto. Tuttavia così tra gli eredi suoi, come tra gli agnati la regola, come più avanti spiegheremo, era che non vi era deferimento successivo dall'uno all'altro, vale a dire che, se i più prossimi rinunziavano, l'eredità non passava a quelli di grado ulteriore, nè in caso di rifiuto di costoro, ai susseguenti. Ma siccome gli eredi suoi propriamente detti non potevano rinunziare, l'esistenza di un solo impediva sempre che non si arrivasse agli agnati.

L'ordine degli agnati non altrimenti che quello degli eredi suoi non è restato nella sua composizione primitiva, tal quale era per la legge delle XII. Tavole. Noi abbiamo ad esaminar successivamente le modificazioni arrecate 1° da una giurisprudenza intermedia; 2° dal diritto pretorio; 3° dalle costituzioni imperiali avanti Giustiniano; 4° dalle costituzioni di Giustiniano.

Agnati secondo la legge delle dodici Tavole.

I. *Sunt autem agnati ut primo quoque libro tradidimus cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre cognati. Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur; nec requiritur an etiam eamdem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, et invicem is illi agnatus est: eodem numero sunt fratres patrueles, id est qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus. Ii quoque, qui post mortem patris nascuntur. Non tamen omnibus simul agnatis dat lex hereditatem, sed iis, qui tunc proximiore gradu sunt, cum certum esse coeperit aliquem intestatum decessisse.*

1. Gli agnati poi sono, siccome dicemmo nel primo libro, i cognati congiunti insieme per via di sangue maschile, e per così dire i cognati per parte del padre. Laonde i fratelli nati d'un medesimo padre sono agnati tra loro, i quali sono anche chiamati consanguinei, nè si ricerca se essi abbiano avuto una madre medesima. Similmente il zio paterno e il figliuol del fratello, sono agnati l'uno dell'altro. Nello stesso numero sono i cugini germani, cioè coloro, che son nati di due fratelli, i quali sono eziandio chiamati consobrini; e così sino ai più lontani gradi di agnazione. E coloro parimente che nascono dopo la morte del padre, s'acquistano le ragioni della consanguinità: tuttavia non è per questo che la legge dia l'eredità insiememente a tutti gli agnati, ma a coloro che son più prossimi di grado in quel tempo che si abbia per certo qualcuno esser morto senza testamento.

Noi abbiam già definito gli agnati (vol. 1. p. 14 e 160.); non pertanto da questo frammento di Ulpiano: « *Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum: nam etsi patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt* (1) » si è creduto poter conchiudere che non vi sono altri agnati fuor di quelli *che si sono effettualmente trovati* sotto la potestà d'un medesimo capo. Noi non sapremmo ammettere siffatta opinione. Ulpiano qui non si esprime in un modo restrittivo, egli non ha neppure in pensiere di dare una definizione degli agnati. Quel ch'egli ne dice è detto incidentemente ed in forma di ragionamento, ma quando egli vuol definirli, ecco come si esprime: « *Agnati autem sunt cognati virilis sexus ab eodem orti: nam post suos, et consaguineos, statim mihi proximus est consaguinei mei filius, et ego ei: patris quoque frater, qui patruus appellatur: deinceps ceteri, si qui sunt hinc orti in infinitum* (2) ». Questa definizione tradizionale in tutti i testi del diritto romano, « *adgnati sunt cognati per virilis sexus personas* non comporta l'idea di alcuna limitazione, e siffatta idea è formalmente respinta da queste parole di Ulpiano: *deinceps ceteri in infinitum*; e da queste altre: *longissimo gradu*; *etiam si longissimo gradu sit*, che spesso s'incontrano ne'testi (3); è parimenti respinta dal paragrafo che segue.

II. *Per adoptionem quoque agnationis jus consistit, veluti inter filios naturales, et eos quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin improprie consanguinei appellentur. Item si quis ex ceteris agnatis tuis, veluti frater aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, agnatos inter suos esse non dubitatur.*

(1) D. 50, 16. *De verb. signif.* 195, § 2, fr. Ulp.
(2) D: 38, 16. *De suis* 2, § 1. fr. Ulp.
(3) Ved qui appresso § 3: e tit. 6. § 12.

2. Il diritto dell'agnazione si stabilisce anche per l'adozione, come sarebbe tra i figliuoli naturali, e coloro che il padre loro avesse adottati. E non è dubbio che questi tali non sieno impropriamente chiamati consanguinei. Oltre a questo, se alcuno de'tuoi agnati, come sarebbe il fratello, lo zio paterno, o finalmente qualunque altro di grado più lontano, avrà adottato qualcuno, non si dubita, che l'adottato non sia nel numero dei tuoi agnati.

In somma dobbiamo avvertire che tutti coloro, i quali, essendo sottoposti alla potestà del capo di famiglia, erano eredi suoi relativamente a lui, tra loro, e per rispetto a tutti gli altri membri della famiglia erano agnati. E reciprocamente tutti coloro i quali, per rispetto al capo, non erano eredi suoi o perchè erano usciti dalla sua potestà, o perchè non v'erano stati giammai, per rispetto ai membri della famiglia, non erano agnati. Così siccome noi abbiam posto fuori degli eredi suoi, porremo eziandio fuori degli agnati: 1° i figliuoli emancipati; 2° quelli dati in adozione; 3° i discendenti per via di donne.

In tal modo componevasi l'ordine degli agnati secondo la legge delle XII. Tavole. Se dunque il diritto pretorio, o le costituzioni imperiali han voluto arrecare alcun temperamento a questo diritto primitivo, le loro benefiche disposizioni han dovuto cadere su queste tre classi di parenti, non altrimenti che per l'ordine degli eredi suoi abbiam veduto.

Ma innanzi che prendiamo ad esaminare le loro disposizioni, abbiamo a far parola d'una giurisprudenza intermedia, la quale non pure non avea esteso il cerchio degli agnati descritto dalla legge delle XII Tavole, ma lo avea per contrario viemaggiormente ristretto.

Giurisprudenza intermedia rispetto agli agnati.

III. *Ceterum inter masculos quidem agnationis jure hereditas* etiam longissimo gradu *ultro citroque capitur. Quod ad feminas vero ita placebat, ut ipsae* consanguinitatis jure *tantum capiant hereditatem, si sorores sint; ulterius non capiant: masculi autem ad earum hereditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa fratris tui aut patrui tui filiae, vel amitae tuae hereditas ad te pertinet; tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur ita jura constitui, ut plerumque hereditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat in universum eas quasi extraneas repelli, praetor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte, qua* proximitatis nomine bonorum possessionem *pollicetur. Ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et haec quidem lex XII. Tabularum nullo modo introduxit; sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes agnatos sive masculos, sive feminas, cujuscumque gradus ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat.* Media autem jurisprudentia, *quae erat quidem lege XII. Tabularum junior, imperiali autem dispositione anteriore subtilitate quadam excogitata praefatam differentiam inducebat, et penitus eas a successione agnatorum repellebat, omni alia successione incognita: donec praetores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat implentes, humano proposito, alium ordinem suis edictis addiderunt; et cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas adjuvabant, et pollicebantur his bonorum possessionem, quae* UNDE COGNATI *appellatur. Nos vero legem XII. Tabularum sequentes, et ejus vestigia in hac parte conservantes laudamus quidem praetores suae humanitatis, non tamen eos in plenum causae mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, et agnationis titulis tam in masculis, quam in feminis aequa lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum, ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad adgnatorum successionem patebat aditus? Ideo in plenum omnia reducentes et ad jus XII. Tabularum eamdem dispositionem exaequantes, nostra constitutione sancimus: omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini generis, sive feminini sint, simili modo ad jura successionis legitimae ab intestato vocari, secundum sui gradus praerogativam; nec ideo excludentes, quia consanguinitatis jura, sicut germanae, non habent.*

2. L'eredità va tra i maschi per ragion di agnazione fino al grado il più lontano. Ma in quanto si aspetta alle femmine, piaceva che prendessero l'eredità per ragion di consanguineità solamente, se fossero sorelle, ma più oltre no. I maschi poi, quantunque lontani molto di grado, s' ammettevano all' eredità di esse. Per la qual cosa l' eredità della figliuola del tuo fratello, o del tuo zio paterno, o della tua zia paterna, s' apparteneva a te, ma la tua non apparteneva a loro. La qual cosa era ordinata a questo modo, perchè pareva più vantaggioso che le eredità si concentrassero nei maschi. Ma come era veramente cosa ingiusta ch' elle in universale fossero ributtate come persone estranee, il pretore le ammette a quel *possesso de'beni ch'egli dà alla prossimità del sangue*, quando però non v'interviene niun agnato, o cognato più prossimo. E queste cose per il vero non furono introdotte in modo alcuno dalla legge delle XII. Tavole, ma abbracciando essa la semplicità amica delle leggi, chiamava con simil modo tutti gli agnati, o maschi, o femine di qualunque grado, alla successione l'un dell'altro. *La media giurisprudenza*, la quale venne dopo la legge delle XII. Tavole, ma innanzi alla disposizione imperiale, avendo immaginato una certa sottilità induceva la sopraddetta differenza, e cacciava in tutto le femmine dalla successione degli agnati, fino a tanto che correggendo i pretori a poco a poco l'asprezza della ragione civile, o supplendo ove mancava, aggiunsero per gli editti loro con più maturo consiglio un altro ordine; ed introdotta la linea della cognazione sotto nome di

prossimità, le aiutavano col possesso dei beni, e ad esse promettevano quel possesso che addomandasi UNDE COGNATI. Ma ritornando noi alla legge delle XII. Tavole, e conservando le sue vestigia in questa parte, lodiamo i pretori della loro umanità, nondimeno abbiamo trovato ch' essi non hanno pienamente provveduto a quel che si dovea. Perciocchè era cosa strana che le femine, le quali concorrono in un medesimo grado coi maschi, e che non solamente hanno la cognazione naturale, ma conservano eziandio il nome dell' agnazione, non fossero ammesse alle successioni in quella maniera che succedono i maschi, ma che le sorelle sole venissero per ragion d' agnazione all' eredità del defunto. Laonde noi riducendo ogni cosa alla sua perfezione, e disponendo a similitudine della legge delle XII. Tavole, comandiamo per nostra costituzione che tutte le persone legittime, cioè tutti i discendenti per linea maschile o maschi, o femmine, siano per simil modo chiamati alla ragione della legittima successione *ab intestato*, secondo la prerogativa del grado, e che le donne non sieno escluse per non avere, siccome le germane, le ragioni della consanguinità.

Etiam longissimo gradu. Così non solamente il legame di agnazione, ma eziandio il dritto di eredità che vi è annesso si estende sino all'infinito.

Consanguinitatis jure. I consanguinei, dice Paolo nelle sue sentenze, sono i fratelli, e le sorelle nate dal medesimo padre (poco importa la loro madre), e restato infino alla morte sotto la potestà di lui; i fratelli adottivi non emancipati son compresi tra costoro (1). Eran detti *consanguinei*, perchè il medesimo sangue paterno era loro comune; per contrapposto ai fratelli *uterini*, i quali essendo nati dalla madre medesima, erano fratelli e sorelle unicamente pel seno materno.

I consanguinei erano tra loro rispettivamente i più prossimi di tutti gli agnati.

« *Si sui heredes non sunt, ad agnatos legitima hereditas pertinebit, inter quos primum locum consanguinei obtinent* », dice Paolo nelle sue sentenze (2); e la giurisprudenza intermedia, la quale escluse le donne dalla successione degli agnati, nondimeno lasciò loro quella dei consanguinei « *Soror*, dice ancora Paolo. *jure consanguinitatis tam ad fratres, quam ad sororis hereditatem admittitur* (3).

Siffatta distinzione stabilita condusse i giureconsulti a distinguere in certo modo due ordini di agnati: 1° quello dei consanguinei; 2° quello degli agnati propriamente detti: « *Consanguineis non existentibus, adgnatis deferitur hereditas* (4) ». Le donne eran comprese primo, non già nel secondo. Tutti i l agnati di sesso maschile (*virilis sex* succedevano ad esse, ma elleno, tra a'loro fratelli, e sorelle, non succede no ad alcuno (5).

Qua proximitatis nomine bonorum p sessionem pollicetur. Questo, secondo c più appresso il testo medesimo dichia è il possesso *unde cognati*, nel quale pretore considera solamente la pros mità de'legami di parentela, senza av riguardo alle regole del diritto civi Ma l'ordine de'cognati, che a tal posse so son chiamati, viene in terzo luo dopo l' ordine degli agnati. Quì appre so vedremo ciò che li riguarda.

Media autem juirsprudentia. — Ques giurisprudenza, secondo che la paro medesima ne dimostra, e secondo que lo che insegna Teofilio nella sua Parafr si, fu l'opera de'prudenti. Da ciò che dice Paolo, pare che i prudenti per u interpetrazione desunta dalle ragio della legge Voconia estendessero dall successioni testamentarie alle successi ni legittime codesta esclusione delle do ne: « *Feminae ad hereditates legitima* » *ultra consanguineas successiones no* » *admittuntur. Idque jure civili Voconi ratione videtur effectum* (6). Noi abbia detto (vol. 1. p. 368) che la legge Vo conia, la quale avea colpito le donne d'u na certa incapacità di ricever per testa mento, era stata pubblicata sotto la re pubblica l'anno di R. 585. La giurispru denza intermedia, di cui quì parliamo, è dunque posteriore a quest'epoca.

Diritto pretorio per rispetto agli agnati.

Il pretore non avea introdotto alcun parente nel numero degli agnati: nè gli emancipati, nè gli adottati, nè i discendenti, per via di donne. Egli avea lasciato quest'ordine tal quale la legge delle XII. Tavole e la giurisprudenza intermedia lo aveano fatto, senza aggiugnervi alcuna persona, contentandosi, ogni volta che i parenti erano esclusi dall'ordine degli agnati pel rigore del diritto civile, di chiamarli in loro vece secondo il loro grado di parentela nel suo ordine de' cognati, in caso che quest'ordine fosse per venire alla successione; ed il pre-

(1) *Paul. Sent. 4. 8. 15.*
(2) *Paul. Sent. 4. 8. 15. § 13.*
(3) *Ivi § 16.*
(4) *Ivi § 17.*
(5) *Gai. 3. 1.*
(6) *Paul. Sent. 4. 8. § 22.*

pre lo facea venire alla successione quando l'ordine degli agnati era decaduto, o per qualsivoglia cagione veniva a mancare.

Per ragione di cosiffatte disposizioni del pretore riguardo all'ordine degli agnati si può allegare che, essendo questi ordine agli occhi di lui puramente civile, e contrario al legame della natura, egli non avea voluto, per così dire, alimentarlo, ma per contrario coglieva tutte le occasioni che lo faceano decadere, per chiamar immediatamente nel suo luogo il suo ordine de'cognati, nel quale egli non avea riguardo ad altro, che a'legami, ed ai gradi della parentela naturale.

Parenti chiamati nel luogo degli agnati dalle costituzioni imperiali anteriori a giustiniano.

Le costituzioni imperiali ugualmente che il diritto pretorio non introdussero nell'ordine degli agnati niun parente o emancipato, o dato in adozione, o discendente per via di donna ch' egli si fosse. Queste tre classi di parenti rimasero sotto il rigore del diritto civile fino all' imperadore Anastasio.

Questo imperadore nel 498 con una costituzione che non è pervenuta infino a noi, ma che trovasi citata in un frammento del Codice di Giustiniano (1), ed alcuni altri passi (2), chiamò i fratelli, e le sorelle emancipate in concorso coi fratelli e le sorelle agnati alla legittima successione, come se l' emancipazione non li avesse fatti uscir dalla famiglia, però con una certa diminuzione, dicono le Istituzioni. Questa diminuzione, che non ci viene indicata da'testi, era tale, secondo la Parafrasi di Teofilo (3), che il fratello legittimo doveva avere il doppio del fratello emancipato: se questi avea quattro once, l'altro dovea averne otto.

Del rimanente questo favore conceduto dalla costituzione di Anastasio ai fratelli ed alle sorelle emancipati era dato solamente ad essi, ma non ai loro figliuoli o altri discendenti.

Nulla per ancora s'era disposto a favore de'fratelli e delle sorelle, o altri parenti dati in adozione, ovvero de'parenti per via di donne.

Parenti chiamati nel luogo degli agnati per le costituzioni di Giustiniano.

Rispetto alle donne escluse dalla giurisprudenza intermedia, Giustiniano, come abbiam veduto, ristabilisce il diritto delle XII. Tavole, e però le donne ugualmente che gli uomini, senza distinzione niuna son chiamate al loro grado diagnazione.

Rispetto a' fratelli ed alle sorelle emancipati, Giustiniano nelle Istituzioni conferma puramente e semplicemente la costituzione di Anastasio: questi fratelli e sorelle vengono all'eredità legittima con una certa diminuzione, e senza che il medesimo favore s a esteso a'loro figliuoli (4). Ma per una costituzione posteriore dell'anno 534. Giustiniano estende cotali benefiche modificazioni fatte al diritto rigoroso: egli chiama i fratelli e le sorelle emancipati in concorso co'legittimi senza alcuna diminuzione, e trasferisce dopo loro il favore medesimo al primo grado de'loro discendenti, cioè a' figliuoli, ed alle figliuole, ma non già a'nipoti o alle nipoti, di tal che i figliuoli, o le figliuole potranno, se il loro grado è più prossimo, venir nella successione del loro zio o della loro zia in concorso con gli altri nipoti rimasti nella famiglia (5).

Rispetto a' fratelli, alle sorelle, o ad altri parenti dati in adozione, noi sappiamo che per la costituzione di Giustiniano l'adozione in regola generale non fa perdere più i diritti di famiglia.

Da ultimo rispetto a' fratelli ed alle sorelle uterini unite fra loro solamente per via di donne, Giustiniano con una costituzione dell'anno 528 li chiamo alla successione fraterna non altrimenti che se fossero agnati, in concorso co' loro fratelli o sorelle consanguinei (6), e più tardi nel 532 chiamò eziandio al grado di nipoti agnati il primo grado de' loro discendenti (7), come nel seguente paragrafo si espone.

IV. *Hoc etiam addendum nostrae constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus a jure cognationis in legitimam successionem: ut non solum fratris filius et filia, secundum quod jam definivimus ad successionem patrui sui vocentur, sed etiam germanae consanguineae, vel sororis uterinae filius et filia soli et*

(1) *Cod. 5. 30, 4. const. Anast.*
(2) *Inst.* qui appresso tit. *5.* § *1.* — *C. 6. 58. 13.* § *1. const. Inst.*
(3) *Parafr. di Teof.* qui appresso tit. *5.* § *1.*
(4) *Instit.* qui appresso tit. *5.* § *1.*
(5) *C. 6. 58, 15.* §§ *1, e 3.*
(6) *C. 6. 56. 7. const.*
(7) *Inst. Ivi 58. 15.* §§ *2, e 3.*

non deinceps personae una cum his ad jura avunculi sui perveniant; et mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suae soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tamquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater, et soror superstites non sunt. His enim personis praecedentibus, et successionem admittentibus, ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hereditate non in stirpes, sed in capita dividenda.

4. Giudicammo eziandio che si dovesse aggiugnere alla nostra costituzione, che si trasferisca un grado solamente dalla linea de' cognati nella successione legittima degli agnati; sicchè non solo il figliuolo, e la figliuola del fratello, siccome abbiamo già detto, sian chiamati alla successione del loro zio paterno, ma eziandio i figliuoli e le figliuole della germana consanguinea o uterina, e solamente questi, e non altri vengano insieme con quelli alla successione del loro zio materno: sicchè morto colui che è zio paterno a'figliuoli di suo fratello, e zio materno a quelli di sua sorella, i due rami succedono egualmente come se tutti fosser discendenti per linea maschile, purchè però non sia vivo nè fratello, nè sorella; dappoichè precedendo queste persone, ed essendo ammesse alla successione, tutti gli altri gradi si restano in tutto separati, e lontani, perchè allora *l' eredità si divide non in istirpi, ma in capi.*

Hereditate non in stirpes sed in capita dividenda. Questa non è una disposizione particolare per questo caso, ma una regola generale per tutto l' ordine degli agnati, come vedremo sotto il seguente paragrafo.

Dopo aver così esposta la composizione dell'ordine degli agnati, non ci rimane altro che far conoscere seguendo il testo, alcuni principii generali relativi a quest'ordine di successione.

V. *Si plures sint gradus agnatorum, aperte lex XII. Tabularum proximam vocat. Itaque si verbi gratia, sit defuncti frater, si alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex proximum vocet, tamen dubium non est quin, etsi plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam et proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: et tamen non dubium est quin, licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hereditas.*

5. Fra più gradi di agnati la legge delle XII. Tavole apertamente chiama il più vicino; laonde se per esempio il morto abbia lasciato un fratello, ed un figliuolo di un altro fratello, o un zio paterno, il fratello è preferito; e quantunque la legge chiami il prossimo, usando questa voce nel numero del meno, tuttavia non è dubbio alcuno che, se saranno molti in un grado medesimo, siano tutti ammessi. Alla stessa guisa il più prossimo suppone rigorosamente parlando più gradi, e nondimeno non è dubbio alcuno che quantunque il grado degli agnati sia un solo, a loro appartenga l'eredità.

Allato al principio esposto in questo paragrafo che gli agnati son chiamati all'eredità secondo l'ordine de'gradi, i più prossimi escludendo sempre ed in modo assoluto i più lontani, bisogna collocare quest'altro principio, che nell'ordine degli agnati l'eredità non si divide in istirpi, ma solamente per capi. «*Adgnatorum hereditates dividuntur in capita*», dicono le Regole di Ulpiano (1). Sicchè la divisione per istirpi, nella quale i figliuoli rappresentano il loro padre premorto, e vengono per mezzo di siffatta rappresentazione ad occupare il suo grado, ed a prendere nella successione la sua parte per dividerla tra loro, resta esclusivamente propria all'ordine degli eredi suoi, e non ha luogo per gli agnati. Dal che segue per esempio, che i figliuoli di un fratello premormai non verranno a concorrere coi fratelli, o colle sorelle viventi; costoro essendo più prossimi di grado li escluderanno al tutto. Ne segue ancora, che se, essendo morti tutti i fratelli, e le sorelle vengano alla successione i nipoti, e le nipoti, si farà per ciascuno una porzione eguale, senza distinguere da quale stirpe provengano, nè se sieno uno o più nella propria stirpe. «*Velut si sit fratris filius*, aggiungono le regole d'Ulpiano, *et alterius fratris duo pluresve liberi quotquot sunt ab utraque parte personae, tot fiunt portiones, ut singuli singulas capiant* (2).

VI. *Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est in cujus de hereditate quaeritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse coeperit nullum ex testamento heredem extiturum; tunc enim proprie quisque intestato decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur: in quo spatio temporis saepe accidit, ut proximiore mortuo, proximus esse incipiat qui moriente testatore non erat proximus.*

6. Se alcuno muore senza aver fatto testamento, la prossimità si determina all' epoca della morte. Ma se ha fatto testamento, si ricerca chi sia prossimo in quel tempo nel quale comincia ad esser certo, che niuno per quel testamento debba essere erede; perchè allora s' intende che quel tale sia propriamente morto intestato. La qual cosa talora si sa dopo lungo spazio di tempo; sicchè spesse volte suole avvenire che morto il più prossimo, divien tale chi prima non l' era.

Questa regola non è speziale per l' or-

(1) *Ulp. Reg. 26. 4.*

(2) *Ulp. Reg. 26. 4.*

dine degli agnati, ma generale per tutte le successioni *ab intestato*, siccome qui sopra abbiam detto (p. 1).

VII. *Placebat autem in eo genere percipiendarum hereditatum* successionem non esse: *id est, ut quamvis proximus qui, secundum ea quae diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum praetores* imperfecto jure corrigentes *non in totum sine adminiculo relinquebant; sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus* successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam; *cum satis absurdum erat quod cognatis a praetore apertum est, hoc agnatis esse reclusum; maxime cum in onere quidem tutelarum, ei primo gradu deficiente, sequens succedit, et quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.*

V. Si volle che in quest' ordine di succedere non vi fosse devoluzione, cioè che quantunque il prossimo, il quale secondo ciò che abbiam detto è chiamato all' eredità, non se ne fosse curato, o innanzi che l'avesse accettata fosse morto, non per questo s' ammettevano quei del grado seguente, secondo il diritto civile. Ma correggendo il pretore *imperfettamente* l' error della legge non lasciava senza ajuto questi agnati; dappoichè non potendo valer per essi il diritto di agnazione, li chiamava nell' ordine de' cognati. Ma noi desiderando che non manchi cosa alcuna alla legge perchè sia perfetta, per la nostra costituzione la quale abbiam data fuori sulla ragion del padronato, per nostra umanità abbiamo comandato, che *non sia loro negata la devoluzione nelle eredità degli agnati*; essendo stato pur troppo inconveniente che sia stato chiuso agli agnati quel che dal pretore fu aperto a' cognati; e spezialmente quando pel carico delle tutele, mancando il primo grado, succedeva il seguente; per modo che quello che era ammesso nei carichi, non era parimente ammesso nel guadagno.

Successionem non esse. Il principio che l'eredità non si deferisce da un grado all'altro era comune sì all'ordine degli eredi suoi, e sì a quello degli agnati. « *Successio in suis heredibus non est*», ci dice un frammento d' Ulpiano nel Digesto (1); *in hereditate legitima successioni locus non est*, ci dice Paolo nelle sue sentenze (2). Sicchè l' eredità era deferita per intero, ma una sola volta in ciascun ordine al grado più prossimo. Se tutt' i membri di questo grado la rifiutavano, o se morivano innanzi che avesser fatta l' adizione, essa non potevasi deferire al grado seguente nel medesimo ordine, ma tutto quanto il diritto di quell'ordine era esaurito, l'ordine intero trovavasi decaduto, e la successione passava al susseguente: di tal che la devoluzione si faceva da un ordine all'altro, ma non già da un grado all'altro. Tuttavia è da far distinzione a tal riguardo tra l' ordine degli eredi suoi, e quello degli agnati.

Nell'ordine degli eredi suoi la quistione di devoluzione da un grado all'altro, e di decadenza di tutto l'ordine per difetto di adizione non poteva presentarsi rispetto a coloro che erano suoi propriamente detti, poichè l' eredità era loro acquistata di pieno diritto, e a loro malgrado per ciò solo che loro era deferita. Parimente non poteva presentarsi per sapere se in caso che i più prossimi eredi suoi si astenessero, gli eredi suoi del grado seguente avessero potuto venire nel loro posto, mentre noi sappiamo che l'astenersi non impediva di essere erede, e per conseguenza non apriva alcun diritto nè al grado, nè all'ordine seguente: sicchè, a dir breve, nell'ordine degli eredi suoi, se la quistione di devoluzione si poteva presentare, ciò poteva essere solamente riguardo a que' discendenti, i quali non erano eredi suoi secondo il diritto rigoroso, ma erano solo chiamati dalla legislazione posteriore alla condizione di eredi suoi, senza che l' eredità s'acquistasse loro di pieno diritto.

Nell'ordine degli agnati, siccome l'eredità non si acquistava loro che per l'adizione, la questione di devoluzione era intera. In questo stato di cose così per gli uni, come per gli altri la devoluzione non poteva, o non doveva mai aver luogo.

Imperfeto jure corrigentes. Il pretore si sarebbe ben guardato di stabilire la devoluzione da un grado all'altro nell'ordine degli agnati. Per tal modo si sarebbe perpetuato quest' ordine, mentre lo spirito del diritto pretorio era di profittare immediatamente della sua decadenza, a fine di chiamare all' eredità l' ordine dei cognati, secondo il loro grado di parentela naturale. In questa successione pretoria avea luogo la devoluzione.

Successionem in agnatorum hereditatibus non esse denegandam, e lo stesso probabilmente dee dirsi riguardo a quelle persone ch'eran chiamate nel grado di eredi suoi senza che realmente fosser tali. La ragione è la medesima, perchè si negherebbe loro un diritto che è dato agli agnati ed a' cognati?

(1) *D. 38. 16. 1. § 8.*

(2) *Paul. Sent. 4. 22.*

VIII. *Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium, filiam, nepotem, vel neptem ac deinceps emancipat. Quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri; cum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.*

8. È chiamato eziandio alla legittima successione il padre, che con riserva di fiducia emancipa il figliuolo, la figliuola, il nipote, la nipote, e tutti gli altri che seguono. La qual cosa si trova modificata dalla nostra costituzione in questo senso, che l' emancipazione de'discendenti si debba reputar sempre fatta con riserva di fiducia, mentrechè appresso gli antichi questo non avea luogo, se il padre emancipando, non avesse fatta espressamente questa riserva.

Per la legge delle XII Tavole, e pel diritto civile rigoroso qual era la condizione ereditaria degli ascendenti nella successione del loro discendente? Erano essi compresi nell'ordine degli agnati, e qual grado vi occupavano? Si avverta che noi qui non parliamo nè degli ascendenti del lato materno, nè delle ascendenti o madre o avola che sia, perciocchè costoro non facevano parte della famiglia civile, ma parliamo solamente degli ascendenti paterni. Rispetto ad essi si vuol distinguere due casi: 1.° quello in cui il loro discendende defunto era ancora al momento della sua morte sotto la potestà paterna; 2.° quello in cui n'era uscito, vivendo gli ascendenti, per emancipazione, o in qualsivoglia altro modo.

Nel primo caso il defunto essendo ancora sotto la potestà paterna, e figliuolo di famiglia, non poteva avere alcuna eredità secondo la legge delle XII. Tavole. Alla sua morte quell'ascendente che trovavasi capo della famiglia ripigliava come cosa appartenente a lui tutti i beni, che il figliuolo di famiglia morto avea per avventura avuti a sua disposizione nel tempo della sua vita. Or siccome il figliuolo di famiglia non poteva altrimenti divenir capo e por conseguenza capace di lasciare un'eredità, che per la morte di tutti i suoi ascendenti paterni, giacchè fin tanto che ne restava uno, egli passava successivamente sotto la potestà dall'uno all'altro, ne seguita che non poteva mai esser quistione di ascendenti nella successione legittima di un capo di famiglia, salvochè egli, vivendo ancora gli ascendenti, non fosse uscito dalla loro potestà, per effetto di emancipazione o di qualsivoglia altra piccola diminuzione di capo; il che forma il secondo caso da esaminare:

In questo secondo caso, essendo il figliuolo uscito dalla potestà paterna, niun legame di famiglia civile più non l'univa a'suoi ascendenti, per conseguente costoro non potevano avere alcun diritto sulla sua legittima eredità.

Così tanto nel primo caso, perchè il figliuolo di famiglia defunto non poteva avere alcuna eredità; quanto nel secondo, perchè il figliuolo uscito dalla famiglia non era più a'suoi ascendenti civilmente legato, mai non poteva, secondo la legge delle XII. Tavole esser quistione di ascendenti nella successione legittima.

Vediamo le modificazioni che al diritto rigoroso in questi due casi furono arrecate; ed in primo luogo riguardo a' figliuoli di famiglia sottoposti alla potestà paterna.

L'introduzione de' peculii permise loro di avere un'eredità testamentaria, da prima sul loro peculio castrense, e di poi sul loro peculio quasi castrense. Ma siffatta modificazione a principio non si estese alla successione *ab intestato*; in fatti noi sappiamo che se il figliuolo di famiglia moriva senz' aver fatto testamento, il capo ascendente ripigliava tutti questi peculî di qualunque spezie, non per diritto ereditario, ma sibbene per diritto di potestà, ed in preferenza a tutti, anche ai figliuoli del defunto, secondo il diritto rigoroso (Vol. I. p. 335). Adunque non v' era ancora successione *ab intestato* pel figliuolo di famiglia.

Questo genere di successione fu riguardo ad essi introdotto posteriormente dalle costituzioni imperiali, ed in un modo al tutto eccezionale, cioè solamente pei beni che avrebber potuto provenire al figliuolo di famiglia o dalla madre, o in generale dalla sua linea materna, per donazione, legato, o altrimenti. Noi vediamo per le costituzioni da prima di Teodosio e di Valentiniano (1), dipoi di Leone, e d' Antemio (2), ed in fine di Giustiniano (3) che, per ta' beni le successioni intestate sono così stabilite: 1.° i suoi discendenti figliuoli o figliuole, nipoti, e via discorrendo; 2.° i suoi fratelli, e le sorelle sì del medesimo letto e sì di altro; 3.° il padre o altri ascendenti secondo il loro grado. Ed in questo caso è talmente vero che gli ascendenti vengono in virtù di un diritto di successione loro conceduto, e non per diritto di potestà paterna,

(1) *C. 6. 61. 3.* (2) *Ivi 4.* (3) *Ivi 59. 11.*

che se l'avolo, capo di famiglia, ed il padre del defunto sieno amendue viventi, il padre come il più prossimo ascendente succederà a beni materni, e l'avolo comunque abbia la potestà paterna, raccoglierà il solo usufrutto, al quale siffatta potestà gli dà diritto (1).

Tutto ciò introdotto segnatamente in considerazione de'legami del matrimonio, e dell'origine materna de' beni, era restato interamente estraneo ai peculii castrensi, e quasi castrensi. Il capo di famiglia, in caso di morte del figliuolo senza testamento, raccoglieva sempre questi peculii per diritto di potestà paterna. Ma una disposizione di Giustiniano, che quì sopra (2) abbiam veduta, volle che questi peculii non ricadessero a lui se non nel caso che il figliuolo morto non lasciasse nè figliuoli, nè fratelli nè sorelle. Per tal modo Giustiniano, anche relativamente a' peculii castrensi, e quasi-castrensi del figliuolo di famiglia, aprì una specie di successione *ab intestato*, il cui ordine era regolato in questa maniera: 1° i figliuoli; 2° i fratelli, e le sorelle. In mancanza di costoro il capo di famiglia prendeva i beni *jure communi*, secondo le parole di Giustiniano. Io non dubito punto che il senso di cotali parole sia ch'egli prendeva i beni per diritto di peculio, e non di successione. In primo luogo la Parafrasi di Teofilo formalmente lo dice: *jure comuni*, *id est tamquam peculium paganum*. In fatti quì il diritto comune era il diritto di peculio, e non l'ordine successivo tutto eccezionale stabilito pei beni materni. D' altra parte quì non concorrevano più le ragioni che aveano dettate le disposizioni degl'imperadori relativamente a' beni materni. In fine ravvicinando fra loro i testi, si rende chiaro che quì il diritto viene attribuito a quell' ascendente che è investito della potestà paterna, e che, se per esempio l'avolo e il padre del defunto sono amendue viventi, all'avolo che è il capo di famiglia si aspetta di raccogliere i beni castrensi, o quasi-castrensi, in mancanza di figlioli, o di fratelli e sorelle del defunto; mentrechè il padre prenderebbe per successione i beni materni; poichè in questo caso la sua unione immediata con la madre e con la linea materna, donde questi beni provenivano, aveva modificato in suo favore l' ordine di successione stabilito, a scapito de' diritti di potestà paterna del capo (3).

Tale era la posizione degli ascendenti nella successione de' figliuoli di famiglia.

In quanto ai figliuoli usciti dalla famiglia per effetto di una piccola diminuzione di capo, vivendo i loro ascendenti paterni, fu ben presto immaginata una prima modificazione al diritto rigoroso. Noi abbiam veduto (Vol. I. p. 150), che l'ascendente il quale emancipava il suo figliuolo di famiglia col mezzo di mancipazioni fatte con riserva di fiducia (*contracta fiducia*), si riserbava in questo modo sopra di lui i diritti di tutela e di successione annessi al padronato (Vol. I. p. 166). In questo caso l'ascendente emancipante, egli solo tra tutti gli ascendenti veniva alla successione di questo discendente immediatamente dopo gli eredi suoi. Egli formava in certa guisa l' ordine degli agnati; perciocchè il figliuolo essendo stato emancipato non ne aveva altri. Da quello che noi abbiam già veduto del diritto di Giustiniano a tal riguardo, e da ciò che il testo quì ripete sappiamo, che in tutti i casi, ed in qualunque modo l'emancipazione abbia avuto luogo, l'ascendente emancipante ha sempre i diritti di tutela e di successione che altra volta avrebbe avuti per la riserva di fiducia. Nondimeno Giustiniano ha modificato questi diritti per quanto si appartiene all'ordine del succedere. In fatti l' ascendente emancipante in qualità di *patronus* veniva il primo immediatamente dopo l' ordine degli eredi suoi, in preferenza di tutti gli altri; ma Giustiniano quì stabilisce per l'eredità dell' emancipato il medesimo ordine successivo che per l' eredità de' peculii era osservato: 1° i figliuoli; 2° i fratelli e le sorelle; 3° l'ascendente emancipante (4).

Della successione de'gentili (5).

Cicerone volendo far intendere che cosa una definizione debba contenere, per esser compiuta, cita ad esempio quella de' gentili.

« I gentili, egli dice, son *quelli che hanno il medesimo nome comune tra loro*: » ciò non basta: *che sono di origine ingenua*: ciò neppure basta: *di cui niuna degli avi non sia stato ridotto in servitù*;

(1) *C. 6. 61. 3.* (2) *Inst. 2. 12. princ.*

(3) Il mio dotto collega Ducaurroy nelle sue *Institutes expliquées* professa un'opinione contraria.

(4) *C. 6. 56. 2. const. Diocl. e Maxim.* interpolata da Giustiniano.

(5) V. sulla istituzione de' Gentili quello che ne abbiam detto. *Histoir. du droit n.° 27*; e *Esposiz. Gener. n.° 18.*

» vi manca ancora qualche cosa: *che non* » *hanno sofferta diminuzione di capo*; ora » senza dubbio vi è tutto In fatti io non » veggo che il pontefice Scevola abbia » aggiunto altro a questa definizione (1)».

E nonpertanto, non ostante questa definizione perfetta, non vi ha cosa più oscura al mondo che il sapere chi erano i gentili.

«Si (*ad*) gnatus *nescit* (*nec sit*), gentiles familiam *heres hanc* (*heredes habento*) (2).

Ecco tal quale ci è pervenuto il frammento alterato del testo delle XII. Tavole, che chiamava i gentili in difetto di agnati, all'eredità. Ma chi erano i gentili?

Gaio nelle sue Istituta dopo aver esposta l'eredità degli agnati, viene a quella de' gentili. « *Si nullus agnatus sit, eadem lex XII. Tabularum gentiles ad hereditatem vocat* ». Si poteva sperare che qui venisse a dare qualche spiegazione, ma egli aggiugne: « *Qui sint autem gentiles primo commentario retulimus* » (3); or in questo primo comentario non si trova nulla sui gentili; un foglio intero che manca al manoscritto, dopo l'esposizione della tutela degli agnati, conteneva probabilmente quella de' gentili, e la spiegazione alla quale Gaio si riferisce (4), e che per tal modo ci è rimasta ignota.

Più d'una congettura si è azzardata, e diversi sistemi son corsi più o meno su questo mistero dell'associazione civile de' romani.

Secondo alcuni, la gente dividendosi in istirpi (*stirpes*), e le diverse stirpi in famiglia (*familiae*) con un *nomen* comune per tutte le *gens*, un *adgnomen* per ciascuna famiglia: gli agnati sarebbero solamente i membri d'una medesima famiglia, o d'una medesima stirpe; e gli altri sarebbero i gentili, questo sistema viene da Sigonio (5).

Secondo altri, gli agnati si arresterebbero al decimo grado; al di là di questo grado vi sarebbero i gentili. Questo sistema viene da Otman (6); e questo io credo che adottava M. Ducaurroy.

M. La ferrière arresta gli agnati ai collaterali provvenienti dall'avo o dal padre comune, e dalla loro discendenza; i collaterali provvenienti da' bisavi, trisavi, o altri ascendenti più lontani, sarebbero i gentili (7).

Questi tre sistemi hanno un medesimo andamento; quello di mettere un limite all' agnazione, per locarvi i gentili dopo di essa. Ma i tre limiti indicati sono contrarii ciascuno alla definizione larga e generale, che dell'agnazione ci danno i romani giureconsulti: quella di Sigonio è congenturale ed arbitraria; quella di Otman è stata già da noi dimostrata inammisibile, come in apparenza fondata sopra un testo delle istituzioni (Tit. 1. sopra § 1); quanto a quella del nostro amico M. La ferrière, farem solamente avvertire che potrebbe avvenir benissimo che un bisavo abbia avuto sotto la sua potestà i suoi figli, i nipoti, i pronipoti, i quali sarebbero incontestabilmente agnati. Che cosa autorizza dunque ad arrestarsi a' discendenti dell'avo? Daltronde fra due collaterali, se uno proviene dalla linea ascendente, e l'altro da quella discendente; il rapporto dell'uno all' altro è inverso: a che si riduce adunque la distinzione indicata?

Questi tre sistemi, oltre di avere un limite arbitrario smentito da' testi giuridici sull'agnazione, hanno un altro vizio ancora; quello di non corrispondere alla definizione che reca Cicerone de' gentili. Essi rispondono soltanto a questa definizione per la comunanza de' nomi attribuiti ai gentili, qual comunanza sta anche per gli agnati: ma non poggiano per nulla su la condizione di una origine sempre ingenua di cui parla Cicerone. Che se tal condizione si aggiunga, siccome ha avuto diligenza di fare M. Laferrière, si vedrà che vi è aggiunta, ma non ne fa parte: i tre sistemi restano ad essa stranieri, e non possono renderne conto alcuno.

In una quarta opinione la *gens* si compone delle famiglie, tra le quali la comunanza del nome rivela una origine comune ma così lontana, che la traccia se n'è perduta, e non è più possibile di comprovare tra i membri di cotali famiglie dei

---

(1) « Gentiles sunt *qui inter se eodem nomine sunt*: non est satis; *qui ab ingenuis oriundi sunt*: ne id quidem satis est; *quorum majorum nemo servitutem servivit*: abest etiam nunc, *qui capite non sunt deminuti*. Hoc fortasse satis est. Nihil enim video Scaevolam pontificem ad hanc definitionem addidisse. » (Cic. Top. 6).

(2) Frammento tratto da Ulpiano, *Legum mosaicarum et roman. collatio 16. 4.*

(3) *Gai 3. 17.*

(4) *Gai 1. 164.*

(5) Egli è seguito da Einnecio, nelle sue *Antichità* Romane, *lib. 5. tit. 2. § 2.*

(6) *Otman, sul § 5 delle Istituzioni, lib. 3. tit. 4. De successione cognatorum.*

(7) Laferriere *Histoir. du droit. t. 1. p. 78, e p. 451, appendice.*

veri legami civili di agnazione (1). Questa opinione è fuori d'ogni dubbio la più superficiale: opinione di letterato piuttosto che di giureconsulto. In fatti non si tratta di legami provegnenti da una vaga supposizione fondata sul semplice fatto che alcuno porti il medesimo nome (2). Si tratta di veri legami di diritto civile, che dan luogo alla tutela ed alla successione legittima, che debbono per conseguenza computarsi civilmente per gradi; e che si perdono, secondo che la definizione di Cicerone insegna, per la piccola diminuzione di capo, cioè per effetto della stessa perdita dell'agnazione, per ogni membro che esce dalla sua famiglia.

Secondo le congetture del Nieburh la *gens* è stata a principio un aggregazione politica di diverse famiglie patrizie estranee l'una all'altra pei legami del sangue e della potestà paterna, ma riunite politicamente in una specie di associazione civile sopra una divisione territoriale della città particolare a ciascuna di esse, formando così una sorta di unità politica in un quartiere comune, sotto un nome comune, con un culto privato, e sacrificii comuni (*sacra gentilitia*), ed una partecipazione comune cioè insieme, come in un sol corpo, alle funzioni politiche della città. Il numero di queste *gentes* è determinato e ristretto entro certi limiti dalla costituzione medesima. Le tre Tribù, e le Curie, di cui ci parla la storia romana, contengono appunto nel loro seno cosiffatta divisione. Ciascuna Tribù è composta di dieci Curie, ciascuna Curia di dieci *Gentes*; per modo che vi ha cento *Gentes* in ciascuna Tribù, e trecento in tutta quanta la città. I comizii per curie (*comitia curiata*) son quelli, ne' quali nelle trenta curie, di cui fan parte, si trovan convocate queste aggregazioni, queste genti patrizie, le quali danno il loro voto ciascuna come una sola unità, poichè il voto non si dà per individuo, ma per *gens* (3). Questa è l'ipotesi dell'ingegnoso storico, il quale va ricercando nella vita delle nazioni degli esempi di analoghe istituzioni, e cita nell'Attica antica, come nell'Italia, e nell'Alemagna del medio evo dei popoli divisi a questo modo in certe specie di *gentes* di Tribù, o associazioni politiche di diverse famiglie. I diritti di tutela, e di eredità legittima son ristretti da prima in ciascuna famiglia, secondo i gradi dell'agnazione, ed in difetto passano alle *gentes*; cioè ai membri dell' associazione politica, secondo i gradi della gentilità. Questa associazione per *gentes* è assenzialmente propria alla casta patrizia (4); i soli patrizii formano queste *gentes* primitive: essi soli nell'origine sono i veri cittadini, essi soli votano ne'comizii curiati, ne'quali i voti si danno uno per ogni *gens*; i plebei non sono ammessi a dare alcun voto, e non compongono tra loro alcuna *gens* « *Vos solos gentem habere!* » questo è il rimprovero che più tardi i loro oratori faranno a'patrizii (5). Non pertanto, sempre secondo Nieburh, i servi fatti liberi, ed i clienti de' patrizii congiunti in certo modo al *patronus* fanno con essolui parte della *gens*, alla quale questi appartiene, essi sono eziandio i *gentiles* de' diversi membri di questa *gens*, e partecipano ai diritti della gentilità (6). Non si seppellivano nella sepoltura comune se non quelli che faceano parte della *gens* e partecipavano de' suoi *sacra* (7): or la tomba dei Scipioni ha raccolti parecchi servi fatti liberi. Oltre a questo è pur forza di ricoscere nella vita del popolo romano un gran numero di *gentes* plebee, di cui la storia sovente ed in modo ben positivo ci parla (8). Secondo Nieburh queste sono delle *gentes* secondarie (la borghesia, il comune, la municipalità, giusta le sue e-

(1) Questa opinione sembra tratta da Mat. Chladen. *De Gentilitate veterum romanorum*. Lipsia 1742. in 4.

(2) Solamente per ischerzo e piacevolezza Cicerone parlando del re Servio Tullio a cagione della semplice somiglianza del nome dice: *regnante meo gentili*.

(3) Il Nieburh. vede l'espressa asserzione di questo fatto in un passo di Aulo Gellio: « *Cum ex generibus hominum suffragium feratur, comitia curiata esse.* » (Aul. Gell. XV. 27). *Genus* qui sta per *gens*.

(4) Così *patricias gentes* è una circonlocuzione frequentemente adoperata ad indicare i patrizii: « *Plebs dicitur in qua gentes civium patriciae non sunt* » (Aul. Gell. X. 20). — « *Jus non erat nisi ex patriciis gentibus fieri consules* » (Aul. Gell. XVII. 21). — « *Vir patricias gentis* ». In Tito Livio III, 33, e VI, 11.

(5) *Tit. Liv.* X. 8. Noi fra poco riporteremo questo passo che ci potrà dare qualche lume.

(6) *V.* Nieburh *Hist. rom.* 1, 2, *p.* 25, *e* 28, della trad. — Ma senza diritto di votar nelle curie *p.* 59, *e seg.*

(7) « *Jam tanta, est religio sepulchorum, ut extra sacra, et gentem inferri fas negent esse; idque apud majores nostros Torquatus in gente Popilia judicavit* ». (Cic. *De Leg.* 11, 22, 55).

(8) Così precisamente la *gens Popilia*, di cui parla Cicerone nel passo qui arrecato è una *gens plebea*; parimente la *gens Ælia* di cui parla Festo alla parola *gens Ælia*; e tante altre ancora.

spressioni), la cui aggregazione non è riconosciuta come *gens* sotto il rispetto della costituzione politica, ma produce nondimeno i diritti di gentilità tra i loro membri. Ma allora qual'è la specie di legame che li unisce? in che differisce la gentilità dall'agnazione? da che si forma quella specie di associazione sotto un nome comune, di famiglie diverse per la loro origine, associazione che non proviene più dalla costituzione, nè dall'organizzazione politica, e che produce non pertanto una gentilità di diritto civile? Quì il sistema congetturale del Nieburh vien meno in tutto, non trova più applicazione, e lascia su tutte le dette quistioni l' oscurità e l'incertezza. In fine tutto questo sistema in che cosa mai corrisponde alla definizione sì perfetta, che Cicerone pretende di aver data de' gentili, ed alla quale il pontefice Scevola non avea trovato che aggiugnere? Come verificare il sistema per la definizione, o la definizione pel sistema? Il Nieburh se ne cava fuori dicendo che la definizione di Cicerone è accomodata alle istituzioni del suo tempo, senza che l' oratore si sia dato carico di far risalire il senso della parola alla sua origine (1).

Tale è la teoria dell' illustre dissotterratore delle cose romane, per quanto più chiaramente mi sia stato possibile di analizzarla in pochi detti; teoria che del resto si lega strettamente al complesso del suo sistema istorico; ma secondo noi tutte siffatte congetture non sono da aversi come verità. In seguito il fondo di questo sistema, per quanto concerne la *gens*, è venuto in favore nell Allemagna; e la maggior parte degli scrittori in voga sulla istoria delle romane istituzioni vi si sono più o meno attenuti (2). M. Giraud tra noi ha svolto siffatto sistema confortandolo di novelle pruove, in una sua apposita dissertazione, alla quale non possiamo fare altro che rinviare (3).

Malgrado il peso di queste autorità, più noi abbiamo studiato sulla controversia, e più ci siam resi fermi nella nostra opinione primitiva. Nel confessare, siccome abbiam sempre fatto, la nostra ignoranza, ovvero le nostre incertezze su'punti restati nella oscurità, e segnatamente su'que che si riferiscono ad un epoca primitiva troppo remota per poter recare documenti degni di fede, non pertanto vi sono alcuni di questi punti, sui quali crediamo poterci pronunziare con convinzione, e dar fuori delle assertive, le quali semprepiù ci sembrano fuor di dubbio, e che si separano, quanto al fondo del sistema, dalle congetture del Neiburh.

È indubitato che i romani abbiano annessa al vocabolo di *gens* l'idea di un origine di un principio di generazione comune o naturale o civile che si voglia. Quest'idea ci si rivela da ogni parte. La sola filologia della parola, e de'suoi numerosi derivati ce lo dimostra (4). Noi la troviamo espressamento annunziata in Festo, il quale ci dà sopra i *Gentili* una definizione evidentemente meno compiuta di quella di Cicerone, e d'altra parte molto posteriore: « *gentilis et ex eadem genere ortus, et is qui simili nomine appellatur; ut ait Cincius: Gentiles mihi sunt; qui meo nomine appellantur* (5) ». Noi la troviamo in Varrone, il quale paragonando la filiazione delle parole a quella degli uomini, considera i gentili Emiliani come nati da un Emilio loro padre comune (6); ed in Ulpiano dove dà la definizione della famiglia (7). Da ultimo trovasi eziandio spiccatamente in quei bei passi del trattato di Cicerone delle leggi, ove ci pare di udir la voce del cristianesimo a proclamar la fraternità degli uomini, e la carità universale, quando il filosofo rivela l'uomo esser creato ad immagine di Dio, non già nel suo corpo, elemento materiale, ma nel suo spirito, emanazione della divinità, e la prima ed universal legge ch'egli riceve come fon-

(1) Nieburh; *Stor. rom. V. t. 2*, (*p. 15*, della trad. nota *18*). — E per tutta questa teorica di Nieburh t. 2, della sua *Storia rom.* (*p. 1*, *e seg.* della tradur.).

(2) V. nelle antichità romane di Einuccio, edizione di Mühlenbruk, *lib. 3, tit. 2*, § 2, *p. 478*, *e seg.*, la nota e di de M. Mühlenbruk, e l'indicazione degli autori che ivi si trova.

(3) *Revue de Legislation, et de jurisprudence*, decembre 1846, t. 3, della nuova serie, p. 385. *De la gentilité romaine*, par. M. Ch. Giraud.

(4) Ved. la numerosa famiglia di queste parole: *generare*, *gignere*, generare; *generascere*, esser generato; *generator*, *generatio*, *genesis*, *genealogia*, *genitalis*, *genitivus*, *gener*, genero; *genus* e *gens*, applicato anche alle nazioni, *gens romana*, *gens togata*, o a tutta la specie umana *humana gens*, come venuta da una medesima origine.

(5) Festo alla parola *Gentilis*.

(6) « *Ut ab Æmilio homines orti Æmilii et Gentiles* ». Varrone. *De ling. Lat. VII. 2.*

(7) « *Omnes qui sub unius potestate fuerunt recte ejusdem familiae appellabantur, qui ex eadem domo et* GENTE *proditi sunt* ». D. 50, 16. *De verb. signif.* 195, § 2, f. Ulp.

damento di tutte le virtù e di tutto il diritto esser l'amore de' suoi simili (1): « *Cumque alia quibus cohaerent homines e mortali genere sumpserunt, quae fragilia essent et caduca, animum, esse ingeneratum a Deo: ex quo vere vel* AGNATIO *nobis cum coelestibus, vel* GENUS *vel* STIRPS *appellari potest* »; e più appresso: « *Est igitur homini cum Deo similitudo; quod cum ita sit, quae tandem potest esse proprior, certiorve* COGNATIO (2).

Così l'uomo perchè è creato da Dio, ed a sua somiglianza, è a lui congiunto pei legami di una *agnazione*, di una *gentilità*, e d'una *cognazione* più certi che altri mai (3). Ecco i tre nomi consacrati della lingua, e del diritto civile de' romani *agnatio*, *gens*, *cognatio* adoperati, e precisamente nel loro ordine giuridico, per esprimere l'idea di quest'origine e parentela celeste (4). Questo è per noi un lampo di luce.

In fatti si vuol distinguere tre grandi termini ne'legami di aggregazione civile o naturale appresso i romani:

La famiglia (*familia*) alla quale corrisponde l'agnazione (*agnatio*), ed il titolo di *agnati*; La *gens* (in certo modo generazione, genealogia), alla quale corrisponde la *gentilità*, ed il titolo di *gentili*; In fine la cognazione (*cognatio*), alla quale corrisponde il titolo di *cognati*.

La famiglia ha luogo per tutti i cittadini senza eccezione; sieno patrizii, o plebei, di razza ingenua o libertina, ciò poco importa. Noi sappiamo ch' essa è fondata sopra una base in tutto civile, la potestà; che il legame il quale forma l'agnazione tra i suoi membri è il potere paterno, o maritale che li unisce, o li unirebbe tutti sotto un capo comune, se il capo più antico della famiglia vivesse ancora (*Esposiz. General. del drit. rom.* n. 13.).

La gens non ha luogo per tutti i cittadini, l'idea della clientela e della manomissione, a nostro avviso, è indispensabile per ben comprendere questa relazione del diritto quiritario. La *gens* ha luogo solamente per coloro che sono di origine perpetuamente ingenua, di cui niuno degli avi è mai stato in servitù o clientela qualunque, e che per conseguenza si formano a loro medesimi da generazione in generazione la loro propria genealogia (*gens*). In quanto alle famiglie attualmente ingenue, ma di cui uno degli antenati, per quanto si voglia rimoto, sia stato cliente d'un patrizio, o schiavo, queste non hanno una genealogia propria; esse debbono la loro vita, la loro generazione civile alla razza del *patronus* o del manomettente, onde han preso il nome ed i *sacra*, e che è veramente nella città il loro nocciolo generatore, per così dire, la loro *gens*. Così i membri della famiglia perpetuamente ingenua sono in un tempo medesimo tra loro agnati e gentili; di più sono i gentili de'membri di tutte le famiglie de'clienti, o di tutte le famiglie derivate, che la loro *gens* in qualsivoglia tempo per via di manomissione ha generate alla vita civile, ed alle quali ha dato il suo nome, ed i suoi *sacra*. Questi ultimi hanno dei *gentili*, ma essi non son *gentili* di alcuno. Essi portano il nome, e partecipano dei *sacra* della *gens* alla quale son congiunti, o dalla quale emanano; è lecito d'interrarli nella sepoltura di questa *gens*; ma essi non han certamente la qualità di gentili, nè i diritti di eredità o di tutela, che a tale qualità vanno annessi (5).

In quanto alla cognazione, essa non altrimenti che la famiglia ha luogo per tutti i cittadini senza distinzione. Noi sappiamo, che i romani intendono per cognazione il legame tra persone che so-

(1) « *Unam esse hominum inter ipsos vivendi parem, communemque rationem: deinde omnes inter se naturali quadam indulgentia et benevolentia, tum etiam societate juris contineri* »..... « *Nam haec (homines virtutes) nascuntur quod natura proposui sumus ad diligendos homines, quod fundamentum juris est* ». Cic. de leg. lib. 1.

(2) Cic. *De leg.* lib. 1.

(3) « *Ut homines Deorum agnatione, et gente teneantur* », dice anche più laconicamente Cicerone nel medesimo luogo.

(4) Cicerone adopera quattro termini in luogo di tre, egli li adopera precisamente nell'ordine legale di eredità, e per conseguenza, di legame giuridico: *agnatio*, *gens*, *stirps*, *cognatio*. Per maggior chiarezza io tralascio il terzo *stirps*, del quale si fa minor conto, e che d'altra parte è un accessorio della *gens*; ma tutto ciò ha un legame, ed io credo di scorgerlo. Il sistema, che io mi fo ad esporre, mostra perfettamente questo legame non solo fra i tre, ma eziandio fra i quattro termini.

(5) È chiaro che noi non diamo, come il Nieburh nè il titolo, nè i diritti di gentili ai libertini ed ai loro discendenti: la definizione di Cicerone, alla quale il nostro sistema resta sempre fedele, respigne al tutto questa idea. Del rimanente non parliamo soltanto, come il Nieburh, de' libertini; questi dipendono direttamente dal *patronus* pei diritti di padronato più forti che quelli della gentilità, ma non parliamo neppure di tutta la discendenza de' libertini, la quale comechè sia ingenua, pure riconosce il suo essere civile della *gens*, dalla quale il suo comune autore per manomissione è uscito.

no unite naturalmente pel medesimo sangue, o che la legge reputa tali (*Esposiz. General. del dr. rom.* n. 18.).

Ogni membro della famiglia per ciò solo è membro della cognazione; per ciò solo è eziandio membro della gentilità, se vi è luogo a gentilità, cioè se si tratta di una famiglia di origine perpetuamente ingenua. In altri termini tutti gli agnati son cognati tra loro, e se si tratta d'una famiglia perpetuamente ingenua, tutti gli agnati sono in un tempo medesimo agnati, gentili, e cognati tra loro (1); ed inoltre sono i gentili di tutti i membri delle famiglie derivate dalla loro *gens*. Ed in senso inverso ogni membro uscito dalla famiglia cessa di essere agnato; cessa parimente di esser *gentile*, se si tratta d'una famiglia di *gentili* (*qui capite non sunt deminuti*, dice la definizione di Cicerone); ma non cessa per questo d'esser cognato rispetto a coloro, ai quali è congiunto per vincolo di sangue; perchè l'agnazione e la gentilità sono de'legami civili, ma la cognazione è un legame puramente naturale (2).

Ciò posto noi vediamo quel che comprende la *gens* nelle diverse agnazioni che la compongono, o che ne dipendono:

1.° Da prima e sopra tutte queste agnazioni la famiglia o agnazione di origine perpetuamente ingenua, franca, in ogni tempo, da qualsivoglia clientela o servitù, nocciolo generatore che è a se medesimo la sua propria genealogia, e forma quella degli altri, dando a tutti il suo nome ed i suoi *sacra*. Questa è la *Gens*; i suoi membri son tra loro nel tempo medesimo agnati, gentili, e cognati; ed inoltre sono i gentili di tutti i membri delle diverse agnazioni congiunte per clientela alla loro, o derivate per manomissione dalla loro, e che ne han preso il nome ed i *sacra*.

2.° Al di sotto di questa *gens*, in una posizione subordinata, attaccati ad essa pel legame di clientela, e avendone ricevuto il nome ed i *sacra*, tutte le famiglie o agnazioni plebee di clienti. I membri di queste diverse famiglie di clienti sono tra loro, ciascuno nella rispettiva famiglia, agnati e cognati; ma tutti hanno per gentili i membri della *gens* superiore, alla quale si riattaccano e di cui portano il nome.

3.° Al di sotto ancora di questa *gens* superiore, come da essa derivante, e da cui han ricevuto il nome ed i *sacra* tutte le famiglie o agnazioni attualmente ingenue, ma che in un'epoca qualunque sono provenute da una manomissione operata per la *gens*. Ciascuno di quei che compongono questi discendenti di manomissi ha per agnati tutt'i membri della sua rispettiva famiglia, e per *gentili* tutti quelli della *gens* superiore, nocciolo generatore dal quale sono civilmente sbucciati e di cui portano il nome. Questi discendenti di manomessi non sono essi medesimi affrancati, poichè personalmente essi non sono stati mai schiavi, essendo stati liberati sin dalla loro nascita: essi sono ingenui, ma di una condizione inferiore a causa della loro origine, la quale rimontando sino al padre loro, o avo, o antenato qualunque, prende la sua origine da uno schiavo manomesso, e da una famiglia di manomessi (3).

Se noi insistiamo su questi discendenti di manomessi, che nelle famiglie dei clienti, non è perchè la nostra convenzione per quest'ultimi sia più forte: ciò avviene da una parte perchè resta ancora qualche oscurità su questo sacro legame

---

(1) Questo ha tratto in errore coloro i quali han creduto che la famiglia, e la *gens* erano la medesima cosa. Tra questi è l'illustre Vico, il quale certamente non ha ravvisato il carattere speciale di siffatta istituzione. (V. i luoghi dove egli ne parla: *De constantia philologiae t. 5. p. 279. e 198.* dell'edizione di Milano *1835.* — *De uno univ. jur. princ. et fin. lib. 1.* §§ *CIV, e CLXIX, t. 3. p. 58, e 107*). Qui non vi ha altro fenomeno se non quello che si trova in questo principio perfettamente conosciuto: « Tutti gli agnati son cognati, ma la proposizione reciproca non è vera. »

(2) Il Vico senza dubbio è in errore quando crede che la *gentilità* non si perde per colui che esce dalla famiglia per adozione (*De uno univ. jur. princ. et fin. lib. 1.* § *CLXXI, t. 3. p. 109*). Questo è in contraddizione col genio del diritto civile romano, e con l'espressa definizione di Cicerone.

(3) Queste famiglie derivate possono alla loro volta fare delle manomissioni. Esse non saranno una *gens* riguardo alla discendenza de' loro schiavi fatti liberi; perciocchè la *gens* comune è la famiglia di origine puramente, e perpetuamente ingenua, dalla quale tutte le altre discendono, ma invece saranno una stirpe (*stirps*). Ecco dunque i quattro termini consacrati nel diritto civile romano, ed eccoli nel loro ordine giuridico: *agnatio; gens, stirps, cognatio*, come appunto Cicerone le usa parlando della nostra parentela celeste. Noi vedremo fra breve in un notabile esempio da lui arrecato, elevarsi una controversia giudiziaria innanzi al collegio de' centumviri tra il diritto di succedere per stirpe (*stirpe*), o per gentilità (*gente*), e la disputa cade precisamente sopra la successione del figliuolo di uno schiavo francato.

della clientela, privilegio esclusivo della potestà patrizia, sul quale pochi documenti precisi ci son pervenuti; e da un altra parte, perchè questo legame di clientela è subito sparito, mentre la schiavitù è la manomissione son rimasti sino alla fine, ed han lasciato numerose tracce nel diritto.

Così in quel modo che l'*agnazione* è fondata sopra un legame di potestà paterna o maritale, a qualunque antichità questa potestà rimonti, nel modo medesimo la *gentilità* è fondata sopra un legame di potestà di padronato, per quanto antico sia il tempo in cui questa potestà abbia avuto cominciamento: padronato o di servi fatti liberi, o di clienti che si voglia. Così l'agnazione, come la gentilità producono comunanza di nome e di *sacra*, legame civile, e religioso, mentre la *cognazione*, relazione tutta di diritto naturale si deduce solamente da' legami del sangue. L'una e l'altra si perde con l'uscire dalla famiglia, mentre la cognazione naturale non si estingue per questo.

Ma il numero di quelle famiglie che possono rimontare sino alla prima fonte della loro genealogia, e provare che sia stata perpetuamente ingenua, e che in niun tempo mai alcuno de'loro maggiori non sia stato in clientela, o non abbia ricevuto per manomissione la libertà e la vita civile, questo numero diciamo, è necessariamente limitato. L'agnazione e la cognazione han luogo per tutt'i cittadini, la gentilità solo per le razze privilegiate. Ecco perchè, Paolo dice nelle sue sentenze: « *Intestatorum hereditas lege XII. Tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentibus deferebatur* (1) ». *Aliquando quoque*, qualche volta solamente. Se una volta solo i patrizii ebber questo privilegio di gentilità, ciò avvenne perchè essi soli a principio ebbero effettivamente la Plebe intera sotto il loro padronato. Tutti i plebei ne'tempi antichi erano forzosamente riuniti come clienti ad una razza patrizia, adunque non ve n'era niuno che si potesse dire discendente da un'origine perpetuamente franca e libera da ogni potestà, niuno che si potesse dire *gentile*. Il famoso *vos solos gentem habere*, che P. Decio Mus lancia, nella sua aringa, contro i patrizii, si riferisce precisamente a questa qualità d'ingenuità primitiva ed originaria (2): *i primi che furon fatti patrizii non vennero già dal cielo, essi non eran altro che ingenui*! Ma questo privilegio originariamente esclusivo se ne andò via con gli altri. In fatti tra i numerosi aumenti di popolazione s'introdussero nella città delle razze di plebei, che non essendo mai appartenute a que'tempi primitivi, non erano state mai soggette alla clientela delle razze patrizie. Questa potestà di clientela, delle razze patrizie, che i patrizii soli avean posseduta, venne anche col tempo a sparire del tutto, mentre che la potestà dominicale, e la manomissione erano aperte a tutti i cittadini. Ecco in che modo le famiglie plebee che potevano rimontare ad un'origine indipendente, e sempre ingenua, formarono alla loro volta della *gentes*, come i patrizii, ed ebbero il diritto di gentilità, non per rispetto ad una discendenza di clienti, perchè mai non ne ebbero, ma almeno rispetto a tutt'i membri delle diverse famiglie da loro derivate in qualunque tempo per manomissione. Ecco perchè abbiamo dalla storia l'indicazione di tante *gentes* plebee. Questo non ammette dubbio al tempo di Cicerone; perocchè se la gentilità fosse stata ancora esclusivamente propria del patriziato, in che modo il pontefice Scevola, e Cicerone, che mette tanto studio a rendere compiuta la sua definizione modello, avrebbe potuto darla siccome perfetta, avendo tralasciato di indicarvi una condizione sì essenziale, e sì particolare (3)?

---

(1) *Paul. Sent. 4. 8. 3.*

(2) « *Semper ista audita sunt eadem; penes vos auspicia esse, vos solos gentem habere, vos solos justum imperium et auspicium domi militiaeque: aeque adhuc prosperum plebeium ac patricium fuit, porroque erit. En Romae unquam fando audistis patricios primo esse factos, non de coelo demissos, sed qui patrem ciere possent: id est nihil ultra quam ingenuos? Consulem jam patrem ciere possunt*, grida allora Decio. *avumque jam poterit filius meus!* ». *Tit. Liv. X. 8.*

(3) Secondo il Vico quando i soli patrizi dicono *se gentem habere*, la ragione è che essi soli hanno il *connubium*, le nozze, che distinguono le famiglie, che fan rilevare i discendenti, che separano gli uni dagli altri i padri, le madri, i fratelli, e le sorelle, ed impediscono i congiungimenti incestuosi, pei quali non si propagano le generazioni, ma sibbene si confondono e distruggono. In quanto alla plebe, essa non ha *gens*, perchè essa si congiugne a modo di belve (*quia agitarent connubia more ferarum*); e quando ella pretende alla sua volta di ottenere il *connubium*, non è già che aspiri al diritto di formar parentado coi patrizi (*connubia cum patribus*), essa non leva tanto in alto la sua ambizione; ma al diritto di contar delle unioni riconosciute, e sanzionate civilmente, come quelle dei patrizi (*connubia patrum*). Vico *Scien-*

Veniamo ora alla eredità legittima.

Il diritto civile vi chiama da prima i membri della famiglia gli agnati (eredi suoi, o semplicemente agnati); in difetto di costoro i membri delle *gens* i gentili, se vi ha luogo a gentilità; e quivi si ferma. Solo il diritto pretorio vi chiama, in terzo ordine, i cognati.

Ma si avverta che siffatta distinzione della famiglia dalla *gens* è utile soltanto pei discendenti di clienti o di schiavi francati, pei quali dopo gli *agnati* vengono i *gentili* ai diritti di tutela e di eredità legittima.

In fatti pei membri della *gens*, cioè della famiglia perpetuamente ingenua l'agnazione, e la gentilità si riuniscono, e si confondono in uno; questi membri sono nel tempo medesimo agnati, gentili, e cognati tra loro. E se escono dalla famiglia, cessano in un tratto d' essere agnati e gentili, e restano semplicemente cognati. E però rispetto ad essi, e tra di loro, la famiglia e la *gens* si confondono (1).

Ma per le razze che discendono da un cliente, o da uno schiavo francato, per quanto si voglia lontane da quella prima origine servile sieno, non è il medesimo. I clienti e i discendenti quantunque plebei erano ingenui; essi godevano de' diritti di famiglia; l'eredità *ab intestato* era deferita tra loro secondo il diritto comune: 1° agli eredi suoi; 2° agli agnati. Ma se essi non aveano alcun agnato, allora subentravano i membri della *gens* superiore, che erano i loro gentili, de'quali portavano il nome, e seguivano i *sacra*: l'eredità legittima in mancanza di agnati passava a questi gentili, e lo stesso avea luogo per la tutela. Tutti coloro che hanno scritto sulla istituzione della clientela presso i romani hanno avuto il sentimento di un certo diritto di eredità e di tutela accordata alla razza patrizia dei patroni sulla razza plebea de'clienti; ma senza poter determinare con esattezza la natura e misura di questo diritto, e senza trovare alcun testo relativo. La gentilità ce ne dà la spiega in modo semplice, consagrata dalla stessa legge delle Dodici Tavole, e perfettamente di accordo col diritto di agnazione mantenuto ai clienti tra loro nelle famiglie rispettive.

Relativamante agli affrancati e a' discendenti, si produce pressochè lo stesso: vi è non pertanto una distinzione. L'affrancato, primo stipite della sua razza, passando dalla schiavitù alla libertà, si trovava in una posizione speciale: egli non era ingenuo, ma manomesso (*libertus*, *libertinus*): non avea famiglia anteriore, nè agnati; potea solamente aver de' figli, e una posterità legittima, contraendo giuste nozze. La sua successione quindi era deferita: 1° agli eredi suoi, 2. in difetti di questi, non avendo possibile agnazione, a'patroni o loro figli, che ne aveano anche la tutela legittima se il liberto era impubere (v. 1. p. 165). Questo diritto primitivo alla successione de'libertini era testualmente stabilito nelle Dodici Tavole; la giurisprudenza, i diversi editti de'pretori per il possesso dei beni, taluni plebisciti o senato-consulti, costituzioni imperiali, l'aveano svolto, modificato, sottoposto a regole; esso era di non lieve importanza, di una quotidiana applicazione, e formò oggetto ancora di importanti titoli nella legislazione di Giustiniano (2) Esso veniva a costituire una parte essenziale del diritto di padronato; il patrono e la sua famiglia, che erano per altro la lor propria origine, venivano in tal giusa alla eredità del loro liberto per diritto di padronato, e non per diritto di gentilità. Ma relativamente alla posterità legittima del liberto, nato da giuste nozze, che costui avesse potuto contrarre dietro la manomissione, benchè in una condizione inferiore accennando sempre alla sua origine servile, essa era ingenua; i membri di questa posterità erano agnati tra loro, e godevano de'diritti di famiglia.

Le regole sulla successione del libertino non li riguardavano, poichè essi non sono manomessi; l'appello del patrone o de'suoi figli a'diritti di tutela e di successione per diritto di padronato, nelle Dodici Tavole negli editti, ne'plebisciti, ne'senato consulti, nelle costituzio-

---

za nuova. lib. 2: cap. 7. t. 4. p. 60. ediz. ital. di Milano, 1836. — *t. 2, p. 127.* della trad. di Michelet. — Si scorge come l' immaginazione ha tratto il filosofo napoletano lungi dalla verità.

(1) Ecco perchè Ulpiano dando le diverse significazioni della parola *familia* ha detto: « *Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum, nam etsi patre familiis mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellantur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt*». *D. 50. 16. De verb. sign. 195.* § *2. f. Ulp.*

(2) Vedi le Istituzioni, *liv. 1. tit. 17, De legitima patronorum tutela; liv. 3. tit. 7, De successione libertorum, tit. 8. De adsignatione libertorum, tit. 9. De bonorum possessionibus*, § *3 e seg. Dig. liv. 37, tit. 14. De jure patronatus; liv. 38 tit. 2 De bonis libertorum, 4. Cod. 6, liv. 6, tit. 4, De bonis libertorum et jure patronatus.*

ni imperiali, sempre è limitato alla persona del manomesso; io non conosco alcun testo, alcun monumento che lo estenda di più; e non se ne troverà alcuno: che ciò sarebbe contrario a tutte le regole del diritto romano sugli effetti delle giuste nozze. L'eredità *ab intestato* di ciascuno di questi legittimi discendenti di manomessi secondo il diritto comune è deferita: 1. agli eredi suoi; 2. agli agnati. Se poi non vi sono agnati, l'eredità e la tutela legittima passano a'gentili, vale a dire a'membri della famiglia originaria che diede la libertà, se questa è di legnaggio puramente ingenuo, e forma una *gens* superiore, alla quale la loro prima origine civile si riannoda per la manomissione, e di cui portano il nome, e seguono i *sacra*. In tal guisa riguardo al manomesso, v'ha pel patrono e pe'suoi figli suscettività e tutela legittima per *diritto di padronato*; riguardo alla sua posterità, la successione e tutela legittima v'ha per *diritto* di *gentilità*. Il diritto di padronato appartiene al patrono e a'suoi figli qualunque sia d'altronde la sua origine, anche di clienti, manomessi o discendenti di questi; il diritto di gentilità rimonta più in alto, non appartenendo che a' membri della *gens* superiore, germe primitivo donde le famiglie secondarie son derivate, e da cui hanno ricevuto il nome ed i *sacra*. Si vede dunque come per la razza de'clienti o degli affrancati la *familia* è distinta dalla *gens*: la *familia* e la discendenza legittima del cliente o del manomesso in tutti i rami della linea maschile, e gli agnati sono i membri di questa discendenza; la *gens* è la discendenza maschile, la famiglia legittima del patrono, d'origine patrizia o puramente ingenua e i gentili ne sono i membri. Per questi discendenti di clienti o di manomessi l'eredità legittima in mancanza di eredi suoi, e la tutela spettano prima a'loro agnati, ossia a'membri della famiglia; ed in difetto passano ai loro gentili, vale a dire a' membri della *gens*.

In somma i *gentili* erano i membri della famiglia de'patrizii *patroni*, o della famiglia che avea data la libertà ad uno schiavo, famiglia di origine perpetuamente ingenua e franca da qualsivoglia clientela, prima tra loro l'uno rispetto ai membri della famiglia de'clienti o dei libertini, e di tutte le loro varie diramazioni.

Ciò posto, la definizione del pontefice Scevola e di Cicerone ci si rende ben intelligibile, e se ne fa manifesta l'esattezza: essa è realmente compiuta, e ciascuno de'suoi termini si trova verificato. « *I gentili son quelli che hanno il medesimo nome comune tra loro* »; in fatti il nome della famiglia del *patronus* si è esteso alla famiglia de'clienti, o del libertino, e si trova comune fra loro. Ma ciò non basta, perciocchè se questo fosse tutto, la definizione si applicherebbe eziandio agli agnati, poichè questi hanno medesimamente tra loro comune il nome. « *Che sono di origine ingenua* »: ecco una nuova condizione che specifica meglio e fa subito risaltare la separazione dagli agnati; perciocchè per essere agnato, non è necessario di esser nato da genitori ingenui: i figliuoli legittimi d'un libertino non sono meno agnati tra loro. Ciò neppure basta, bisogna aggiugnere « *di cui nessuno degli avi sia stato ridotto in servitù* »; perchè se rimontando verso gli avi se ne trovasse pur uno che fosse stato cliente, o schiavo, questa famiglia non sarebbe una famiglia di *gentili*, ma una discendenza di clienti o di libertini; essa medesima prenderebbe il suo essere civile ed il suo nome da una famiglia d'un *patronus* o da una famiglia che avea reso libero il suo autore, e che sarebbe per conseguenza la sua *gens*. Finalmente Cicerone aggiunge per ultimo carattere: « *che non han sofferto diminuzione di capo* », perchè ogni membro uscito per diminuzione di capo dalla famiglia, dalla genealogia superiore, ha perduto ogni partecipazione ai diritti di questa famiglia, e per conseguente non è più nel numero de'gentili della razza subordinata.

Anche la definizione di Festo quantunque meno compiuta si trova ben corrispondente: « *Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus, et is qui simili nomine appellatur* »; la qualificazione di *gentile* si applica a due circostanze: alla comunione di origine pei membri della *gens* tra loro, ed alla comunione del nome per questi membri rispetto alla discendenza del cliente o del francato.

Da ultimo per compire la convinzione, se ancora qualche cosa vi manca, viene Cicerone ad arrecare in mezzo una quistione portata innanzi al collegio dei Centumviri, la quale si aggira precisamente sul diritto di *gentilità*, e noi vediamo che la disputa cade sulla *successione* del figliuolo d'un libertino (1).

(1) Cicerone volendo mostrare come la conoscenza delle leggi sia indispensabile all'oratore di-

Da tutto ciò che precede si vede che il titolo, e i diritti di *gentile* apparteneva esclusivamente ai membri della famiglia del *patronus*, e della famiglia che avea francato lo schiavo, razza originaria ed ingenua nel suo principio, rispetto a quelli della famiglia de' clienti, o del francato, razza civilmente derivata dall'altra, cliente o schiava nella suo origine; ma questo titolo, e questi diritti non competevano reciprocamente a costoro per rispetto agli altri. Si vede eziandio da quel che abbiam detto, che il titolo di *gentile* era un titolo onorifico, perciocchè indicava in quei che l'aveano, ch'essi appartenevano ad una razza primitiva, la quale avea la sua genealogia propria ed ingenua, e non riconosceva da altri la sua generazione civile, e rimontava sempre da avo in avo fino alla più remota sorgente a persone libere di nascita, e franche da qualsivoglia clientela.

Il diritto di gentilità disparve col tempo; Cicerone già ne parla come di una cosa rara al suo tempo. Sotto Gaio era al tutto scomparso: « *Et cum admonuerimus*, dice questo gereconsulto, *totum gentilitium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de ea re curiosius tractare* (2) ». Ed Ulpiano dice ancora dopo lui: « *Nec gentilitia jura in usu sunt* (3). Questa disparizione successiva e finalmente intera della *gentilità* è agevole a spiegare. Quanto a ciò che concerne la clientela, soggezione de' plebei a'patrizii, quest'antica relazione quiritaria scomparve, e con essa una gran parte della gentilità. Quanto a ciò che riguarda le manomissioni, moltiplicandosi all'infinito la successione delle razze, siccome quelle che primitivamente avean ricevuto la libertà da padroni, davanla vicendevolmente ad altri, e creavano per tal modo delle nuove razze, le quali da parte loro ne generavano altre (giacchè ogni manomissione produceva questo effetto); siccome tutte queste famiglie soprapposte e disperse per la diramazione, si andavano depurando a misura che si allontanavano dalla loro origine servile, e che l'ingenuità da generazione in generazione in essi si prolungava; in fine siccome tutte queste cose procedevano con una progressione sempre crescente, secondo che la moltiplicità delle manomissioni, ed il numero della popolazione si veniva aumentando, nè risultò da questo che le vestigia de'diritti di gentilità si dovettero inevitabilmente smarrire. Questo lavorio, questo rinnovellamento della popolazione nel tempo medesimo che depurava, e moltiplicava le famiglie secondarie, dovea fare sparire e perdere nelle generazioni successive le famiglie primitive, che avea formato il nocciolo ingenuo generatore, ed a cui la qualità di gentile era esclusivamente riservata. Da un lato queste famiglie s'erano venute col tempo giornalmente scemando di numero, soprattutto comparativamente alla popolazione comune; dall'altro avean perduto la traccia di quelle, sulle quali il loro diritto di gentilità aveva avuto luogo. Se talune durarono di più, e se tra queste il titolo, e i diritti di gentilità più lungamente sopravvivessero, questo avvenne naturalmente per le famiglie potenti che difficil-

---

ce: « *Quid qua de re inter Marcellos et Claudios patricios centumviri judicarunt? Cum Marcelli* liberti filio, STIRPE, *Claudii patricii* ejusdem nominis *hereditatem* GENTE *ad se rediisse dicerent: nonne in ea causa fuit oratoribus de toto* STIRPIS *ac* GENTILITATIS *jure dicendum* »? (Cic. de Orat. 1, § 39, ediz. di Gruter.). Sicchè noi vediamo qui due famiglie aventi il medesimo nome (*ejusdem nominis*): l'una patrizia e primitiva, quella dei Claudii, l'altra plebea, e probabilmente derivata dalla prima, quella dei Claudii-Marcelli. I Marcelli pretendono succedere per diritto di stirpe (*stirpe*) al figliuolo d'un libertino della loro linea (*liberti filio*), ramificazione che rispetto ad essi non può presentar dubbio, perciocchè trattandosi del figliuolo medesimo d'un libertino, il legame è immediato, e recente. Ma i Claudii patrizi, famiglia primitiva pretendono che formando essi la genealogia dei medesimi Marcelli, e per conseguenza di tutte le loro diramazioni, la successione di questo figliuolo d'un libertino dei Marcelli appartiene ad essi per diritto di *gentilità*. Così non vi può esser più alcun dubbio: certamente si tratta della successione del figliuolo d'un *libertino*; certamente in queste sorte di successioni il diritto di *gentilità* trova la sua applicazione; e nondimeno i discendenti di un libertino non sono *gentili*, secondo la stessa definizione di Cicerone, il quale richiede che niuno degli avi non sia stato mai in servitù. Dunque alcuno è *gentile* riguardo a loro, senza che essi sieno *gentili* riguardo ad altri. In fine non risalta con evidenza in questo esempio l'effetto della sopraimposizione, e intrecciamento delle manomissioni: per la *gens* genealogia primitiva e pura di tutte le famiglie derivate, e per la *stirps* famiglia anch'essa derivata, ma che alla sua volta ha fatto delle manomissioni? *Agnatio, Gens, Stirps, Cognatio*, questi quattro termini consacrati dal diritto civile romano non si ravvisano forse bene distinti, e nel loro ordine giuridico?

(2) *Gai. 3, 17.*

(3) *Legum mosaicarum et romanarum collatio*, 16, 4, in fin.

mente perdono le loro tracce, perciocchè esse mettono tutto il loro onore ed interesse nella loro genealogia. E questo spiega come in un certo tempo la gentilità cessò di fatto, salvo in alcune potenti famiglie, e come in fine non fu altro che un'oscura e vaga memoria.

Ma per l'effetto misterioso delle tradizioni storiche e popolari, mentre l'idea dell'istituzione s'è perduta, ed è divenuta un enigma pei giureconsulti e pergli eruditi, le parole son rimaste col loro vero valore nella bocca del popolo, e la denominazione di *gentiluomo*, *gentil*, *gentilhomme*, *gentilhombre*, *gentleman*, è passata nella più parte delle lingue moderne europee per indicare un nobile lignaggio, una nobile genealogia, un sangue puro (1)!

TITULUS III.

DE SENATUS CONSULTO TERTULLIANO.

Lex XII. Tabularum ita stricto jure utebatur, et praeponebat masculorum progeniem, et eos qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem et filium, filiamve ultro citroque hereditatis capiendae jus daret; nisi quod praetores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum, possessione UNDE COGNATI *accomodata, vocabant.*

TITOLO III.

DEL SENATO CONSULTO TERTULLIANO.

La legge delle XII. Tavole usava un diritto così rigoroso, e talmente preferiva la progenie dei maschi, ed escludeva coloro che son congiunti per via di cognazione feminile, che non dava diritto di successione neppur tra la madre ed il figliuolo o la figliuola, nè dall'un lato, nè dall'altro: se non che i pretori secondo la prossimità del grado li chiamavano alla successione col mezzo del possesso de'beni UNDE COGNATI.

Tra la madre ed i figliuoli non v'era alcun diritto di successione civile, e reciproca. I figliuoli non succedevano alla madre nè come *eredi suoi*, perchè ella non avea sopra di loro alcuna potestà paterna, nè come *agnati*, perchè ella non era nella loro famiglia; ed in quanto alla madre, ella non succedeva per alcun titolo civile a'suoi figliuoli. Non v'era eccezione, che nel solo caso che la moglie fosse venuta in mano e nella famiglia del marito (*in manu viri*), come abbiamo spiegato (V. I. p. 144). Allora solamente ella era *agnata* de' figliuoli considerata per rispetto ad essi come nel grado di sorella consanguinea, e i diritti di agnazione erano vicendevolmente tra loro in questo grado: «*Praeterquam si per in manum conventionem consanguinitatis jura inter eos constiterint* (2). Da questo caso in fuori il rigore della legge civile li lasciava senza diritti, e non eran chiamati che nel terzo ordine immaginato dal pretore, cioè in quello de'cognati. Quindi venner fuori due senato-consulti per correggere quest'asprezza del diritto: 1° il senato-consulto Tertulliano relativo alla successione della madre ai figliuoli; 2° il senato-consulto Orfitiano relativo alla successione dei figliuoli alla loro madre.

I. *Sed hae juris angustiae postea emendatae sunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem.*

1. Ma questo rigore del diritto fu mitigato di poi. Ed il primo fu il divino Claudio, il quale dette alla madre a consolazione de'figliuoli perduti la loro legittima eredità.

Quì si tratta di un favore speciale conceduto per rescritto dell'imperadore Claudio ad una madre che avea perduti tutti i suoi figliuoli.

II. *Postea autem senatus-consulto Tertulliano, quod* divi Hadriani temporibus *factum est, plenissime de tristi successione matri*, non etiam aviae *deferenda cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum, filiarumve admittatur intestato mortuorum,* licet in potestate parentis sit: *ut scilicet cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hereditatem, cujus juri subiecta est.*

2. Posteriormente per il senato-consulto Tertulliano, fatto *ne' tempi del divino Adriano*, fu pienamente provveduto per la madre, *non già per l'avola*, che ella raccogliesse la trista eredità dei figliuoli, ma in questo modo, che la madre ingenua la quale avesse tre figliuoli, e la liberta che ne avesse quattro fosse ammessa ai beni de'figliuoli morti *ab intestato, quantunque ella fosse in potestà paterna*, purchè essendo sottoposta ad altri, faccia l'adizione per comandamento di colui, al quale è sottoposta.

Divi Hadriani temporibus. Quì non s'intende parlare di Adriano stesso, ma del suo figliuolo adottivo, Antonino Pio, che quì è indicato col suo nome di adozione.

(1) *Gentile* dice molto più che *ingenuo*: l'ingenuo è nato libero, ma nulla indica che suo padre, o qualcuno de'suoi maggiori non sia stato cliente, o schiavo; il *gentile* appartiene ad una razza perpetuamente, e compiutamente libera fino a lui.

(2) *Gai. 3. 24.*

Sotto di lui fu fatto il senato-consulto Tertulliano (anno 911 di R. e 158 di G. C.).

Questo senato-consulto fu conseguenza, e compimento della legge Papia Poppaea, la quale avea riservato il diritto di successione testamentaria ai cittadini che aveano de' figliuoli, o almeno fu fatto col medesimo scopo ed intenzione. Esso stabilisce il diritto di successione *ab intestato* delle madri sui loro figliuoli, come un privilegio, per quelle che ne avessero avuto un numero determinato dalla legge. Le madri che aveano il numero di figliuoli fissato dalla legge, cioè tre per le ingenue, e quattro per le liberte dicevansi avere il *jus liberorum*. I giureconsulti discutevano molto accuratamente le condizioni di questo *jus liberorum*: i figliuoli doveano esser nati vivi e nel giusto termine: nondimeno quei ch'eran nati nel settimo mese anche giovavano alla madre; ogni parto si computava per un solo figliuolo, qualunque fosse il numero che ne fosser venuti alla luce; gli aborti, i prodotti inerti, o mostruosi, non facevano alcun prò. Tali ed altre simiglianti eran le quistioni discusse da' giureconsulti in questa materia sì importante, poicchè essa riguardava uno de' primi gradi di successione (1). Nondimeno alcune donne le quali non avevano, e mai non avevano avuto per vigore della legge il *jus liberorum*, per non aver compiuto il numero stabilito, potevano ottenerlo dall' imperadore (2); e così la sola volontà del principe poteva con un rescritto individuale mutar l'ordine d'una successione.

Non etiam aviae. Il senato consulto non si estendeva all'avola; ogni madre che avea il *jus liberorum* poteva succedere ai suoi figliuoli, non già a' suoi nipoti.

Licet in potestate parentis sit: questo può avvenir di frequente, perciocchè pel matrimonio ugualmente, che per l'età la donna non esce dalla potestà, nè dalla famiglia di suo padre.

III. *Praeferuntur autem matri, liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt sive primi gradus, sive ulterioris. Sed et filiae suae mortuae filius, vel filia opponitur* ex constitutionibus *matri defunctae id est aviae suae. Pater quoque utriusque, non etiam avus, et proavus matri anteponitur*, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. *Frater autem consanguineus, tam filii, quam filiae excludebat matrem, soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerat frater et soror consanguinei, et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas aequis partibus fratri et sorori.*

2. Alla madre son preferiti i discendenti de morto che son suoi, o in luogo di suoi, siano o de primo grado, o del secondo. Ed eziandio il figliuolo, o la figliuola della sua figliuola morta è preposta per le costituzioni alla madre della defunta cioè all' avola sua. Parimente il padre dell' uno dell'altro, non già l' avolo, o il bisavolo, è preferito alla madre, *quando però si contende tra loro soli dell' eredità*. Il fratello consanguineo tanto figliuolo, quanto della figliuola escludeva la madre, ma la sorella consanguinea era egualmente ammessa con la madre: che se vi fossero stati un fratello ed una sorella consanguinei e la madre avente il *jus liberorum*, questa era esclusa dal fratello, e l'eredità era comune al fratello ed alla sorella per parti eguali.

Questa successione della madre sopra i suoi figliuoli è un genere tutto speciale di successione, il quale non è nè quello degli agnati nè quello de' cognati, e che non si può positivamente allogare nè prima, nè dopo, ma è regolato da un ordine particolare, secondo il grado di parentela.

Così son sempre preferiti alla madre quando concorrono direttamente con lei e senza attendere in virtù di qual titolo successorio vengano, se come eredi suoi o agnati, o cognati, o semplici possessori di beni: 1.° i figliuoli del figliuolo, o della figliuola morta; 2.° il padre, ma non l'avolo; 3.° i fratelli consanguinei, la cui presenza, ancorchè ve ne fosse un solo, basta ad escludere la madre. Le sorelle consanguinee quando son sole e senza alcun fratello non escludono la madre la quale prende una parte con esse. E da questa particolare gerarchia di gradi risulta che questa successione 1. è sempre esclusa dall'ordine degli eredi suoi; 2° escludo sempre gli agnati a partire da un certo grado; ma si trova esclusa da quelli del grado superiore, o concorre con tutti; 3° non esclude sempre i cognati alcuni esempi renderanno sensibili queste conseguenze.

Ma per ben comprendere l' ordine di questa successione materna bisogna innanzi tratto stabilire il principio, che, acciocchè l'ordine di preferenza da noi esposto abbia il suo effetto, per esempio, acciocchè il padre sia preferito alla madre e l'escluda, ovvero acciocchè la madre sia preposta all'avolo e l'escluda, è mestieri che concorrano direttamente e tra loro soli.

Scilicet cum inter eos solos de hereditate

(1) Ved. tutte le regole particolari e minute nelle *Sentenze di Paolo 4, 19.*

(2) *Paul. Sent. ivi.*

agitur. In questa forma il nostro testo enuncia il principio che ora abbiamo accennato; pare che esso voglia rapportarlo unicamente al padre, ed all'avolo; ma il principio è generale. Facciamone l'applicazione a' diversi casi.

1.° I figliuoli d'un figlio escludono sempre la madre di quest'ultimo, se sono eredi suoi, o chiamati al grado di eredi suoi. Ma figuriamo che al momento della morte del padre, i figliuoli si trovino in una famiglia adottiva; noi sappiamo che in questa posizione non hanno sulla successione paterna nè diritto di eredità, nè diritto di possesso di beni, tranne che nella qualità di cognati; dopo l'ordine degli agnati, escluderanno essi la madre? È mestieri distinguere: se vi sono degli agnati, il concorso non è direttamente tra la madre ed i figliuoli che si trovano in una famiglia adottiva, ma tra la madre e gli agnati, poichè anche supponendo che la madre fosse esclusa, non succederebbero i figliuoli, ma gli agnati. Per conseguente l'esistenza de' figliuoli non ha niuna influenza, la madre escluderà gli agnati, e verrà all'eredità. Ma se non vi sono agnati, venendo allora l'ordine de' cognati, i figliuoli tuttochè passati in una famiglia adottiva, son chiamati in quest'ordine, il concorso è direttamente tra essi e la madre del defunto, e questa è esclusa (1). E così in questo caso la successione materna che escluderebbe l'ordine degli agnati non esclude quello de' cognati.

In quanto ai figliuoli d'una figliuola essi non erano eredi suoi rispetto a lei, esendochè ella non aveva eredi suoi; costoro succedevano a lei in forza del senato-consulto Orfitiano in preferenza di tutti gli agnati, ed in questa posizione le costituzioni imperiali li preferivano alla madre, ed a questo accenna il testo con le parole *ex constitutionibus* (2).

2.° I fratelli consanguinei, quando non erano eredi suoi, nè figliuoli chiamati al grado di eredi suoi, venivano i primi su tutti gli agnati ed escludevano la madre.

3.° Il padre quando si trova nella posizione qui sopra esposta (p. 22) avendo diritto di successione immediata sul suo figliuolo e sulla sua figliuola premorta, esclude la madre. Ma supponiamo che si tratti di un padre emancipato o dato in adozione dall'avolo; in questo caso noi sappiamo ch'egli è escluso dagli agnati, e non ha diritto se non dopo di loro nella qualità di cognato. Se dunque vi sono degli agnati, per esempio una sorella consanguinea, siccome non vi è concorso diretto tra la madre ed il padre (giacchè questi non ha alcun diritto), la madre verrà all'eredità e la dividerà con la sorella consanguinea, ovvero se gli agnati son più lontani di grado, ella li escluderà. Ma se non vi è niuno agnato, vien l'ordine de' cognati, fra questi si trova il padre, si verifica il concorso tra lui e la madre, e questa rimane esclusa (3).

4.° L'avolo è escluso dalla madre ogni volta che solo e direttamente concorre con lei; ma immaginiamo che si tratti della successione di un nipote emancipato dall'avolo, e che lascia oltre di quest'avolo il padre e la madre; l'avolo in qualità di emancipante è preferito al padre; sarà egli escluso dalla madre? No, dappoichè se questa escludesse l'avolo, si troverebbe in concorso col padre, il quale allora vicendevolmente escluderebbe lei, e d'altra parte trovandosi egli medesimo in concorso con l'avolo emancipante, ne rimarrebbe definitivamente escluso. Questo sarebbe un circolo inutile. Adunque val meglio conservare all'avolo il suo diritto; e però la madre non lo escluderà, perchè la quistione ereditaria non si agita direttamente tra loro soli (4).

È da fare un'ultima osservazione, ed è che in questo genere di nuova successione s'ammetteva sempre la devoluzione: se le persone preferite alla madre, e che le facevano ostacolo, rinunziavano l'eredità, veniva la madre, e vicendevolmente, se la madre rinunziava, la successione legittima ripigliava il suo corso, e gli agnati che sarebbero stati esclusi, se ella avesse accettato, succedevano secondo il loro grado (5).

Del resto quest'ordine ereditario, che ora abbiamo esposto, si riferisce al diritto primitivo del senato-consulto; ma esso fu modificato dagl'imperadori, e poi da Giustiniano, siccome ne' seguenti paragrafi sarà detto.

---

(1) D. 38, 17, 2, §. 9, f. Ulp.

(2) Una costituzione su questo soggetto degl'imperadori Graziano, Valentiniano, e Teodosio è conceputa in questi termini: *Quotiens de emancipati filii filiaeve successione tractatur, filiis ex his gentis deferatur intacta pro solido successio, neque ulla defuncti defunctaeve patri matrive concedatur intestatae successionis hereditas.* » (Cod. 6. 57. 4.).

(3) D. 38, 17, 2 §§ 17; e 18, f. Ulp.

(4) D. 38. 17. 5. § 2, f. Paul.

(5) D. ivi 2, §§ 9, 14, 20 e 22, f. Ulp.

IV. *Sed nos constitutione*, quam in Codice nostro nomine decorato posuimus, *matri subveniendum esse existimavimus, respicientes, ad naturam et puerperium, et periculum, et saepe mortem ex hoc casu, matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quod enim peccavit si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus sive ingenuis, sive libertinis, etsi non ter enixae fuerint, vel quater, sed enim tantum, vel eam, qui, quaeve morte intercepti sunt; ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.*

4. Ma per la nostra costituzione *posta nel nostro Codice*, riguardando al legame di sangue, al parto, al pericolo, e spesse volte alla morte che ne suole avvenire alle madri; abbiamo giudicato che bisogna sovvenire alla madre, e che sia cosa empia far tornare a danno di lei quel che avviene per caso fortuito. Infatti se l' ingenua non aveva partorito tre figliuoli, e la libertina quattro, era immeritamente defrandata della successione de'suoi discendenti. Or che colpa è la sua se ella ha avuto non molti, ma pochi figliuoli? In conseguenza abbiam dato un legittimo, e pienissimo diritto alle madri, o siano ingenue o libertine, quantunque non abbiano partorito tre o quattro figliuoli, ma quel solo o quella sola, che l' è morta, affinchè in questo modo sieno chiamate alla successione legittima de' loro discendenti.

Constitutione quam in Codice posuimus. Questa è la costituzione 2 del titolo 59 lib. 8 del Codice di Giustiniano. Non pertanto la costituzione che la precede di Onorio e Teodosio potrebbe indurre a credere che il *jus liberorum*, il quale si poteva ottenere per rescritto imperiale, quantunque la madre non si trovasse nelle condizioni volute dalla legge, fosse stato anche prima di Giustiniano reso generale, e conceduto da questi imperadori a tutte le madri, qualunque fosse il numero de' loro figliuoli (1). Ma questa costituzione è forse alterata, ed è tratta ad altro senso da' compilatori del Codice di Giustiniano. Il paragrafo che segue ci servirà a ristabilire il senso che quella probabilmente aver dovea, e ad indicar l'ordine cronologico delle modificazioni arrecate per questa parte alle successione materna.

V. *Sed cum antea constitutiones jura legitimae successionis perscrutantes partim eam praegravabant, et non in solidum eam vocabant, et* sed in quibusdam casibus tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis; in aliis autem contrarium faciebant: *nobis visum est recta et simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere; excepta fratris, et sororis persona;* sive consanguinei sint sive sola cognationis jura habentes; *ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo praeposuimus, ita omnes fratres, et sorores sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus: ita tamen ut si quidem solae sorores agnatae vel cognatae, et mater defuncti, vel defunctae supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus intestatus quis, vel intestata moriatur, in capita distribuatur ejus hereditas.*

5. Ma siccome per innanzi le costituzioni considerando i diritti della legittima successione, parte ajutando la madre, e parte aggravandola, non le chiamavano all' intera eredità, *ma togliendo a lei la terza parte in alcuni casi, la davano a certe legittime persone, ed in altri casi facevano il contrario;* a noi è parutto bene, che la madre per semplice e retta via sia anteposta a tutte le persone legittime, e riceva senz'alcuna diminuzione l' eredità de' suoi figliuoli, fuor solamente le persone de' fratelli, e delle sorelle, *siano consanguinei o congiunti solamente per cognazione.* E per tal modo siccome l' abbiamo preposta ad ogni altro ordine legittimo, così tutti i fratelli, e le sorelle agnati o nò, saranno chiamati insieme con lei a prender l'eredità, con la seguente proporzione: se saranno vive le sorelle agnate o cognate, e la madre del morto o della morta, la madre avrà la metà, e tutte le altre sorelle l' altra metà: ma se con la madre sopravvive uno o più fratelli soli, o fratelli o sorelle insieme, agnati, o semplicemente cognati, l'eredità si dividerà per capi.

In quibusdam casibus tertiam partem abstrahentes, certis ligitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant. Noi troviamo siffatte costituzioni nel Codice Teodosiano: queste sono una di Costantino, e l'altra degl'imperadori Valentino e Valente. Esse cominciano realmente a distruggere il privilegio del *jus liberorum*, ed a renderlo generale a tutte le madri, almeno per una parte della successione. Così secondo queste costituzioni allorchè una madre avente il *jus liberorum* trovasi in concorso con uno zio paterno del suo figliuolo defunto, ovvero con figliuoli, o nipoti di questo zio, in luogo di escluderli in tutto, come avrebbe fatto per vigore del senato-consulto prenderà i due terzi, e l' altro terzo apparterrà a questi agnati (*tertiam partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis*). Se per contrario si tratta di una madre non avente il *jus liberorum*, in luogo di essere esclusa in tutto da essi, siccome

(1) Questa costituzione è concepita in questi termini: *Nemo posthac a nobis jus liberorum petat: quod simul hac lege omnibus concedimus.* (*Cod. 8. 59. 1*).

sarebbe avvenuto in forza del senato-consulto, ella prenderà un *terzo*, e questi agnati gli altri due terzi (1). Lo stesso era eziandio pei fratelli consanguinei emancipati, e posti per conseguente dal senato-consulto dopo la madre: questa trovandosi in concorso con essi, abbandonava a loro, ovvero toglieva loro un terzo della successione, secondo che avea o no il *jus liberorum* (2).

Egli è probabile che la costituzione d' Onorio, e di Teodosio nel precedente paragrafo citata si riferisse a quella specie di vantaggi, per mezzo de' quali la madre era ammessa all' eredità de' suoi figliuoli, ancorchè non avesse il *jus liberorum:* e che gl' imperadori ne avessero preso occasione di dichiarare, che mediante questi vantaggi, essi non concederebbero più ad alcuna madre il *jus liberorum* per via di rescritto individuale e privilegiato.

Quel che pare indubitabile sì pel nostro testo, e sì per la Parafrasi di Teofilo, è che Giustiniano è il primo ad abrogar queste disposizioni relative alla detrazione, o alla concessione di un terzo, ed il primo per conseguenza a tor via ogni differenza tra le madri che aveano il numero richiesto di figliuoli, e quelle che non l'aveano.

Sive consanguinei sint; sive sola cognationis jura habentes. Non si avrà più riguardo se non al legame fraterno del sangue, e la madre non sarà al tutto esclusa dai fratelli, e dalle sorelle; se vi son dei fratelli soli, o de' fratelli e delle sorelle, ella concorrerà con loro per una porzione; se vi sono soltanto delle sorelle, ella terrà per se sola la metà dell'eredità.

VI. *Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suae soboli consulere; scituris eis quod* si tutores liberis non petierint, *vel in locum remoti, vel excusati* intra annum *petere neglexerint, ab eorum* impuberum morientium *successione merito repellentur.*

6. Ma siccome noi abbiamo avuto considerazione ai casi delle madri, così bisogna ch' elle attendano al governo de' loro figliuoli; e sappiano, che se *non avranno chiesto tutori ad essi*, o non avranno curato di chiederlo *infra l' anno* in luogo di colui ch' è stato rimosso, o si è scusato, elle meritamente saranno escluse dalla successione de' loro figliuoli *morti impuberi.*

Si tutores liberis non petierint. Questa negligenza non sarebbe una causa di esclusione contro una madre minore di venticinque anni, ma solamente contro quelle che son maggiori di questa età.

Intra annum. L' obbligazione imposta alla madre era di provocare nella occorrenza la nomina del tutore immediatamente (*confestim*), salvo qualche impedimento per malattia, o altra grave cagione; in modo però che non si passasse mai il termine di un anno: « *ita tamen ut nullo modo annale tempus excederet* (3) ».

I giureconsulti discutevano minutamente le diverse specie, nelle quali vi dovesse o no esser decadenza, secondo le varie circostanze.

Impuberum morientium. Se il figliuolo, al quale la madre non ha curato di far nominare un tutore, è giunto alla pubertà, ed è morto pubere, non si può opporre alla madre niuna decadenza. La pubertà del figliuolo, e la possibilità, ch'egli ha avuta, ma della quale non ha voluto usare, di cambiare per testamento l' ordine legittimo della sua successione, basta a rilevare la madre.

VII. *Licet autem vulgo quaesitus sit filius vel filia, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertulliano senatus-consulto admitti.*

7. E quantunque il figliuolo, o la figliuola sieno nati di padre ignoto, nondimeno la madre è ammessa a' loro beni per il senato-consulto Tertulliano.

Per il senato-consulto Tertulliano i diritti della madre sulla successione de' suoi figliuoli non nascono dal *legame* civile, perciocchè tra loro non vi ha alcun legame civile, ma sibbene dal legame naturale: or, riguardo alla madre i romani riconoscevano questo legame tanto rispetto ai figliuoli bastardi, quanto ai legittimi.

TITULUS IV.

DE SENATUS-CONSULTO ORPHITIANO.

Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur senatus-consulto Orphitiano, Orphito et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est divi Marci temporibus; *et data est tam filio, quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno jure subjecti sunt, et* praeferuntur consanguineis, et agnatis *defunctae matris.*

TITOLO IV.

DEL SENATO-CONSULTO ORFITIANO.

Reciprocamente i figliuoli sono ammessi ai beni delle madri che son morte senza far testamen-

(1) *Cod. Theod. 5, 1, 1.* (2) *C. Theod. 5, 1, 2.* (3) *D. 38, 17, 2, § 43, f. Ulp.*

to, per vigor del senato-consulto Orfitiano, il quale fu fatto *ne' tempi del divino Marco*, essendo consoli Orfito, e Rufo; e l'eredità legittima è data tanto al figliuolo, quanto alla figliuola, quantunque sottoposti all'altrui potere, *e son preferiti a' consanguinei, ed agli agnati* della madre morta.

Divi Marci temporibus. Il senato-consulto Orfitiano ha la data dell'anno di Roma 931 (di G. C. 178) sotto il regno degl'imperadori Marc-Aurelio (che Ulpiano a questo proposito indica col suo nome di adozione, Antonino), e Commodo (1).

Praeferuntur consanguineis et agnatis. Così i figliuoli venivano i primi alla successione della loro madre innanzi all'ordine degli agnati. Essi non formavano un ordine di eredi suoi, poichè la madre non poteva averne; ma ne tenevano il luogo, essendo chiamati prima di tutti gli altri.

Essi precedevano anche il padre della loro madre defunta, perchè i diritti di successione dati al padre, e che quì sopra abbiamo esposti (pag. 22 e seg.) non aveano luogo se non in mancanza di figliuoli.

Da ultimo essi eran preposti ugualmente alla madre della loro madre defunta, la quale avrebbe invocato il senato consulto Tertulliano per venire all' eredità della figliuola. Questa preferenza non era stabilita dai due senato-consulti, che tacevano intorno a ciò, ma da alcune costituzioni imperiali, segnatamente da quelle degl'imperadori Graziano, Valentiniano, e Teodosio, delle quali quì sopra abbiamo riportato il testo (p. 15 nota 1).

I. *Sed cum ex hoc senatus-consulto nepotes ad aviae successionem legitimo jure non vocabantur, postea hoc* constitutionibus principalibus *emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque et nepotes, et neptes vocentur.*

1. Ma siccome per questo senato-consulto i nipoti e le nipoti non erano chiamati per legittimo diritto alla successione dell' avola, questo fu corretto dipoi *dalle costituzioni de' Principi*, affinchè a similitudine de' figliuoli fosser chiamati ancora i nipoti, e le nipoti.

Constitutionibus principalibus. La prima costituzione, per la quale troviamo il diritto di successione del senato-consulto Orfitiano esteso eziandio sull' eredità dell'avola, è degl' imperadori Valentino, Teodosio, ed Arcadio: essa si trova egualmente nel Codice Teodosiano ed in quello di Giustiniano (2).

II. *Sciendum est autem hujusmodi successiones, quae a Tertulliano, et Orphitiano senatus-consultis deferuntur*, capitis deminutione non perimi *propter illam regulam, qua novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae quae ex lege XII. Tabularum deferuntur.*

2. Quindi è da sapere che cosiffatte successioni, le quali son date pei senato-consulti Tertulliano ed Orfitiano, non si perdono *per diminuzione di capo*, per causa di quella regola, per la quale le eredità legittime nuovamente introdotte non si perdono per la diminuzione di capo, ma quelle solamente che son date per la legge delle XII. Tavole.

Capitis deminutione non perimi. Per la piccola diminuzione di capo; perchè per la grande e per la media la cosa procederebbe altramente. In fatti il diritto di succedere in generale, ed in qualunque ordine si voglia (poco importa se sia civile, pretorio, senato-consolare, o imperiale) è sempre un diritto di cittadino: non si ha più questo diritto, quando que' di cittadinanza son perduti, come avviene per la grande e per la media diminuzione di capo. In quanto al diritto di succedere in un ordine stabilito dalla legge delle XII. Tavole, esso è di famiglia, e si perde per la piccola diminuzione, perchè per questa si esce dalla famiglia. Per contrario le successioni nuovamente introdotte dai senato-consulti, o dagl'imperadori, ugualmente che i diritti di possesso dati dal pretore essendo unicamente stabiliti a cagione de' legami del sangue, e non di quelli di famiglia, non patiscono alcuna alterazione per la piccola diminuzione.

III. *Novissime sciendum est etiam illos liberos, qui vulgo quaesiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatus-consulto admitti.*

3. Da ultimo si dee sapere, che anche i figliuoli nati da padre incerto, sono per questo senato-consulto ammessi all'eredità della madre.

La madre non avea mai ciò che in diritto romano appellavasi figliuoli *legittimi*, cioè figliuoli che ella avesse in sua potestà, che fossero sotto di lei, e membri della sua famiglia. Questo legame legittimo poteva aver luogo solamente tra il padre ed i figliuoli ch'erano in sua potestà: la legittimazione in diritto romano riguardava solamente il padre, e non già la madre. In fatti, relativamente a costei ed ai suoi figliuoli, siccome non si considera-

(1) « *Sed postea imperatorum Antonini, et Commodi oratione in senatu recitata id actum est. . . etc. (Ulp. Reg. 26, § 7,)* Marc-Aurelio figliuolo adottivo di Antonino è qui indicato pel suo nome di adozione.

(2) *Cod. Theod. 5, 1, 4— Cod. Justin. 6. 55, 9.*

va tra loro alcun legame di famiglia, ma solamente i vincoli del sangue, così non si faceva differenza tra quelli nati da giuste nozze, da un concubinato, o anche da padre ignoto; giacchè la loro filiazione rispetto alla madre era egualmente certa, la loro uscita dal seno materno era così indubitabile per gli uni, come per gli altri, e per conseguenza ne' diritti di successione, o di possesso de' beni conceduti sia alla madre sopra i suoi figliuoli, sia a' figliuoli sulla loro madre da' pretori, dai senato-consulti, o dagl'imperadori, non si avea alcun riguardo alla differenza di nascita.

Nondimeno Giustiniano, per una nuova costituzione, mentre conserva a' figliuoli non da concubinato l'integrità de' loro diritti sull' eredità materna, alloga poi i figliuoli d' incerto padre (*spurii*) in una classe speziale, meno favorita. Egli vuole, ma solamente nel caso che la madre fosse una donna illustre ed avesse altri figliuoli nati di giuste nozze, che non possano quelli ricever nulla da lei nè per donazione, nè per testamento, nè successione *ab intestato* (1).

IV. *Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint, quominus adeant, reliquis qui adierint adescit illorum portio; et* licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet.

4. Se di molti eredi legittimi alcuni abbiano ripudiata l'eredità, ovvero per morte o altra cagione impediti non abbian potuto fare l' adizione, la loro porzione si accresce agli altri che han fatta l'accettazione, e *quantunque questi sieno già morti, la porzione si aspetta a' loro eredi.*

Non si tratta più in questo paragrafo della successione del senato-consulto Orfitiano; ma del diritto di accrescimento per tutti gli eredi legittimi. Siccome questo diritto è comune agli eredi testamentari, a tutti gli eredi *ab intestato*, ed anche a' possessori di beni, noi ne tratteremo più tardi sotto una rubrica speciale, quando avremo esposto tutte le diverse maniere di eredità.

Licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet. Questa è l' applicazione del principio che di già abbiamo accennato (V. I. p. 378), paragonando il diritto di sostituzione a quello di accrescimento; cioè che il diritto di accrescimento è forzoso, ed ha luogo di pieno diritto come conseguenza inevitabile della prima adizione, e però al tempo di questa adizione si dee aver riguardo, per giudicare sì delle condizioni di capacità, e sì dell'acquisto. Noi quì ne abbiamo un esempio: non sì tosto uno degli eredi ha fatto l' adizione, egli comincia ad aver diritto all' accrescimento, che più tardi potrebbe sopravvenire, se gli altri coeredi, o alcuni in fra loro, non raccogliessero la loro parte. Ed anche quando questo accrescimento sopravvenisse dopo la sua morte, esso profitterebbe se non per lui, almeno per coloro che avesser raccolto i suoi beni e fosser succeduti a' suoi diritti; imperocchè l'accrescimento si fa alla parte ereditaria accettata, in qualunque mano essa si trovi, o per meglio dire alla persona giuridica dell' erede accettante su qualunque capo essa sia passata, e non già alla sua persona fisica ed individuale.

TITULUS V.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

TITOLO V.

DELLA SUCCESSIONE DE' COGNATI.

La legge delle XII. Tavole non riconosceva altri ordini di successione che questi: 1.° degli *eredi suoi*; 2.° degli *agnati*, ed in mancanza loro, de' *gentili*, se eravi luogo. Non essendovi alcuno di questi ordini, la successione era vacante, quantunque vi fossero de' parenti naturali di qualunque si voglia grado; perocchè la successione era rigorosamente ristretta nella *famiglia*, e nella *gens*. Noi abbiam veduto in che modo questo rigore fu raddolcito, quali parenti furono da' pretori, o dagl'imperadori chiamati con gli eredi suoi, o agnati, benchè a questi ordini non appartenessero; e quali nuove successioni furono da' senato-consulti introdotte.

Ma in difetto di ogni altro erede, il pretore in luogo di far rimanere vacante l'eredità, e di abbandonarla al tesoro pubblico, avea chiamato un terzo ordine di sua creazione, quello dei cognati, cioè de' parenti uniti da' vincoli naturali del sangue, e non da quelli della famiglia civile. Tuttavia il pretore non avea dato loro un diritto di eredità, perchè il pretore non può creare degli eredi (*nam praetor heredes facere non potest*) (2). Questo potere è riservato solamente alla legge, o a qualsivoglia altra costituzione legislati-

(1) *Cod. 6, 57, 5.*

(2) *Gai. 3, 32.*

va, come i senato-consulti, e le costituzioni imperiali: *Per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus consultum, et constitutionem principalem.* Il pretore avea semplicemente conceduto un possesso di beni, una specie di successione pretoria, per mezzo della quale giugneva ad un eguale risultamento: « *Sed cum eis quidem praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur* ». Così l' ordine de' cognati non è, come i precedenti, un ordine di eredi, ma solamente un ordine di possessori di beni.

Post suos heredes, eosque quos inter suos heredes praetor et constitutiones vocant; et post legitimos, quorum numero sunt agnati, et ii quos in locum agnatorum tam supra dicta senatus consulta, quam nostra erexit constitutio, proximos cognatos praetor vocat.

Dopo gli eredi suoi, e coloro che son chiamati dal pretore e dalle costituzioni tra gli eredi suoi, e dopo i legittimi, nel qual numero sono gli agnati, e coloro i quali tanto pei sopradetti senato-consulti, quanto per la nostra costituzione, stanno in luogo di agnati, il pretore chiama i prossimi cognati.

I. *Qua parte naturalis cognatio spectatur; nam agnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege XII. Tabularum inter legitimos non habentur, sed a praetore tertio ordine vocantur.* Exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis, *non etiam liberis eorum, quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem sive sororis: non aequis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis colligere. Aliis vero agnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit, et procul dubio cognatis.*

1. In siffatto ordine si considera la cognazione naturale; perciocchè gli agnati, e quei che son nati di loro, se han patito diminuzione di capo, non si mettono tra i legittimi per la legge delle XII. Tavole, ma son chiamati dal pretore nel terzo ordine; *tranne i soli fratelli e le sorelle emancipati*, ma non i loro discendenti. Poichè la legge Anastasiana li chiama alla legittima eredità del fratello, o della sorella non però in parti eguali, ma con alquanto di decrescimento, siccome facilmente si può vedere per le parole della costituzione medesima, e li antepone agli altri agnati inferiori di grado, quantunque non abbian sofferto diminuzione di capo, e molto maggiormente a' cognati.

Exceptis solis tantummodo fratre et sorore emancipatis. Noi abbiamo esposto quì sopra (p. 18) i diritti di successione che furono loro conceduti da Anastasio nell'ordine degli agnati. Per conseguenza se vi sono siffatti fratelli, essi vengono come agnati, e non si fa luogo all' ordine pretorio de cognati.

II. *Hos etiam qui per feminini sexus personas ex transversa cognatione juncuntur, tertio gradu proximitatis nomine praetor ad successionem vocat.*

2. Il pretore chiama alla successione eziandio coloro, i quali sono insieme congiunti per cognazione trasversale per via di femmine, e li chiama nel terz'ordine e secondo il grado di prossimità.

III. *Liberi quoque qui in adoptiva familia sunt ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu vocantur.*

3. Parimente i discendenti che sono in una famiglia adottiva, son chiamati nel medesimo ordine all'eredità de' loro parenti naturali.

Dopo i cangiamenti introdotti da Giustiniano intorno agli effetti dell'adozione (ved. qui sopra pag. 12), questa disposizione dell' editto non ha più vigore pei figliuoli dati in adozione dal loro padre ad estranea persona, poichè in questo caso i diritti di famiglia non si perdono mai. Ma la disposizione si applica tuttora agli emancipati che si fosser dati in arrogazione, poichè Giustiniano non ha distrutto gli effetti dell'arrogazione.

IV. Vulgo quaesitos *nullum habere agnatum, manifestum est; cum agnatio a patre, cognatio a matre sit; hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione nec inter se quidem possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis jus species est agnationis. Tantum igitur cognati sunt sibi, sicut ex ea matre cognati. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qui proximitatis nomine cognati vocantur.*

4. I figliuoli *nati di padre incerto* non hanno evidentemente alcun agnato, essendochè l' agnazione vien dal padre, e la cognazione dalla madre e questi si reputa che non abbian padre. Per la medesima ragione non possono esser consanguinei tra loro, poichè il diritto di consanguinità, è una specie di agnazione. Sono adunque tra loro semplicemente cognati, come nati dalla medesima madre. Laonde a tutti questi compete il possesso de' beni in quell' ordine nel quale son chiamati i cognati secondo la prossimità del grado.

Vulgo quaesitos. Essendo certa la loro filiazione per rispetto alla madre, e per conseguente eziandio per rispetto a tutti parenti materni, essi son chiamati non solamente alla successione materna, per senato-consulto Orfitiano, ma anche alla successione vicendevole tra loro, come qui dice il testo (1) (*sibi*), e parimente

(1) *D. 38, 8, 2, f. Gai. e 4, f. Ulp.*

quella de' parenti materni (1), secondo la prossimità del grado (*proximitatis nomine*), nell'ordine de' cognati.

I figliuoli nati da concubinato ed aventi un padre certo erano senza dubbio uniti pe' legami naturali del sangue non solamente alla madre ed a' parenti materni; ma ancora al padre, ed a' parenti paterni. Il testo non dice nè quì, nè altrove se essi erano chiamati dal pretore nell'ordine de' cognati nella successione de' parenti paterni; ma l'affermativa non può esser dubbia.

V. *Hoc loco et illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hereditatem*, etsi decimo gradu sit, *sive de lege XII. Tabularum quaeramus, sive de edicto, quo praetor legitimis heredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine iis solis praetor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt; et ex septimo ad sobrino, sobrinaque nato, natave.*

5. Qui fa uopo avvertire ancora che per diritto di agnazione ciascuno è ammesso all'eredità *quantunque sia nel decimo* grado. E questo ha luogo o che si tratti della legge delle XII. Tavole, o dell'editto pretorio, nel quale il pretore promette di dare il possesso di beni a' legittimi eredi. Ma nell'ordine di prossimità il pretore promette il possesso di beni solamente *fino al sesto grado* di cognazione, *fino al settimo ai soli figliuoli o figliuole di cugino o cugina.*

Etsi decimo gradu sit. Questa frase è enunciativa e non già limitativa: perciocchè gli agnati, siccome precedentemente abbiam veduto (p. 16 e 17), son chiamati sino all'infinito (2).

Usque ad sextum gradum. Il sesto grado è il limite generale pei cognati. Non vi è altra eccezione che la seguente:

Et ex septimo, a sobrino sobrinaque nati natave. I primi cugini, cioè i figliuoli di fratelli o sorelle che noi chiamiamo cugini germani, in latino appellavansi generalmente *consobrini*; essi eran tra loro al quarto grado, come si può vedere al § 4 del titolo seguente. I loro figliuoli, cioè i secondi cugini che noi diciamo *petits cousins, o cousins issus de germains*, in latino si chiamavan *sobrini*: questi eran tra loro al sesto grado, come si può vedere al § 6 del titolo seguente. Supponiamo che uno di essi avesse de' figliuoli, questi erano rispetto all'altro, figliuoli di secondo cugino (*a sobrino sobrinaque nati*), e lontani da lui un grado più del loro padre, cioè al *settimo grado*: nondimeno questi erano eziandio chiamati alla sua successione come cognati, in difetto di più prossimi. Ma essi soli godevano di tal privilegio; tutti gli altri cognati al settimo grado, e ve ne avea gran copia, erano esclusi, essendo chiuso per essi l'ordine de' cognati.

TITULUS VI.

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Hoc loco necessarium est exponere quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare imprimis admonendi sumus cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quae etiam a latere dicitur. Superior cognatio est parentum: inferior liberorum; ex transverso fratrum sororumve, eorumque qui quaeve ex his progenerantur; et convenienter patrui, amitae; avunculi, materterae. Et superior quidem, et inferior cognatio a primo gradu incipit, at ea quae ex transverso numeratur, a secundo.

TITOLO VI.

DE' GRADI DELLE COGNAZIONI.

In questo luogo bisogna esporre in che modo si numerano i gradi della cognazione. Laonde in prima è a sapere che la cognazione altra si numera salendo, altra discendendo, ed altra in traverso, la quale è eziandio chiamata laterale. La cognazione che sale è degli ascendenti, quella che scende è de' discendenti, e la trasversale è de' fratelli e delle sorelle, e di tutti coloro che son generati da questi, ed è similmente degli zii e delle zie paterni o materni. La cognazione ascendente e discendente comincia dal primo grado; ma la trasversale dal secondo.

Questa distinzione fondamentale fra le tre linee ascendente, discendente, e collaterale è facile a comprendere. Quanto al computo de' gradi, ci basterà il dire ch'esso ha luogo nel diritto romano, come nel diritto francese. Nella linea retta ascendente o discendente si contano tanti gradi, quante sono le generazioni. Nella linea collaterale la regola è la medesima; solamente è da avvertire che, siccome quì si hanno due linee l'una posta di rincontro all'altra, le generazioni si computano in ciascuna linea, ed il totale indica il numero de' gradi. In niuno di questi casi, così nella linea retta, come nella collaterale non si dee computare lo stipite comune: esso è il punto di partenza, da cui partono le generazioni da computarsi fi-

(1) *D. 38, 8, 2, f. Ulp.* In fatti in questo frammento si tratta di figli nati di padre incerto, i quali succedono come cognati alla loro avola materna.

(2) Vedi eziandio quì appresso tit. 6, § 12.

no ai parenti che si vogliono paragonare, inclusivamente.

In fine, quanto alla denominazione dei diversi gradi di cognazione, la lingua dei romani era molto più ricca che la nostra; essi in molti casi aveano delle dizioni particolari per indicar la natura della cognazione sì per rispetto al grado, e sì per rispetto all' origine o paterna o materna. La povertà della nostra lingua ci darà impaccio nella traduzione de' paragrafi che seguono, i quali contengono, pei diversi gradi fino al sesto, l'applicazione dei principi che quì sopra abbiamo stabiliti:

I. *Primo gradu est: supra, pater, mater; infra filius, filia.*

1. Sono al primo grado; nella linea ascendente la madre; nella discendente il figliuolo, la figliuola.

II. *Secundo: supra, avus, avia; infra, nepos, neptis ex transverso, frater, soror.*

2. Al secondo: nella linea ascendente l' avolo, l'avola; nella discendente, il nipote, la nipote; nella collaterale, il fratello, la sorella.

III. *Tertio: supra, proavus, proavia: infra, pronepos, proneptis: ex transverso, fratris, sororisque filius, filia; et convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est frater patris, qui πατρωος vocatur. Avunculus est frater matris, qui apud Graecos proprie μητρωος, et promiscue θεῖος dicitur. Amita est patris soror; matertera vero matris soror: utraque θεῖα, vel, apud quosdam τηθίς appellatur.*

3. Al terzo: nella linea ascendente, il bisavolo, la bisavola; nella discendente, il bisnipote, la bisnipote, e nella collaterale, il figliuolo e la figliuola del fratello o della sorella; e per conseguenza lo zio paterno e la zia paterna, lo zio materno, e la zia materna. Lo zio paterno è il fratello del padre; che in greco dicesi πατρῶος, lo zio materno è il fratello della madre, che i Greci dicono μητρῶος, e l'uno e l' altro è parimente chiamato θεῖος. La zia paterna è la sorella del padre, e la zia materna la sorella della madre, e l'una e l' altra è parimente chiamata θεῖα, ed in alcuni dialetti τηθίς.

IV. *Quarto gradu: supra, abavus, abavia: infra, abnepos, abneptis: ex transverso, fratris, sororisque nepos, neptis; et convenienter patruus magnus, amita magna, id est avi frater et soror: item avunculus magnus, et matertera magna, id est aviae frater, et soror; consobrinus, consobrina, id est qui, quaeve ex fratribus, aut sororibus progenerantur. Sed quidem recte consobrinos eos proprie dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos, eos vero qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari; si autem ex duobus fratribus filiae nascuntur, sorores patrueles appellari; at eos qui ex fratre et sorore propagantur, amitinos proprie dici: amitae tuae filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.*

4. Al quarto: nella linea ascendente è l'abavolo e l'abavola: nella discendente l'abnipote e la abnipote: nella collaterale il nipote e la nipote del fratello, e della sorella, e per conseguenza il prozio paterno la prozia paterna, cioè il fratello e la sorella dell'avolo; similmente il prozio materno, la prozia materna, cioè il fratello e la sorella dell'avola; il consobrino, e la consobrina, cioè coloro che son generati di sorelle e di fratelli. Ma alcuni giureconsulti dicano che i consobrini siano propriamente coloro che nascono di due sorelle, quasi *consuorini*, e che quelli i quali nascono di due fratelli propriamente si chiamino fratelli patrueli; e se nascono figliuole di due fratelli si dicano sorelle patrueli; e pensano che coloro che nascono di fratello e sorella si chiamano propriamente amitini: i figli della tua zia materna chiamano te consobrino, e tu chiami loro amitini.

V. *Quinto: supra, atavus, atavia: infra adnepos, adneptis: ex transverso fratris, sororisque, pronepos, proneptis; et convenienter propatruus, proamita, id est proavi frater et soror, proavunculus, et promatertera, id est proaviae frater et soror. Item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, consobrinae, amitini amitinae filius, filia* propior sobrino, propius sobrina: *hi sunt patrui magni, amitae magnae, avunculi magni, materterae magne, filius, filia.*

5. Al quinto: nella linea ascendente: l'atavo, l'atava; nella discendente, l'adnepote, e la adnepote; nella collatere il bisnipote, e la bisnipote del fratello e della sorella, e per conseguenza il prozio paterno, e la prozia paterna, cioè il fratello, e la sorella del bisavolo; il prozio materno e la prozia materna, cioè il fratello e la sorella della bisavola. Similmente il figliuolo, la figliuola del fratello patruele, o della sorella patruele, del consobrino, o della consobrina, dell'amitino o dell'amitina; inoltre quegli o quella *che precede di un grado il sobrino o la sobrina*, cioè il figliuolo o la figliuola del prozio paterno e della prozia paterna, del prozio materno, e della prozia materna.

Propior sobrino, *propius sobrina*, cioè più vicino di un grado del sobrino (figliuolo o figliuola di cugino germano); questi sono i cugini o le cugine germane di mio padre e di mia madre; essi mi son parenti al quinto grado; il loro figliuolo, o figliuola miei *sobrini* mi sarebbero parenti al sesto, un grado di più.

VI. *Sexto gradu: supra, tritavus, tritavia: infra, trinepos, trineptis: ex transverso, fratris sororisque abnepos, abneptis; et convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater et soror; abavunculus, abmatertera, idest abaviae frater et soror. Item sobrini sobrinaeque, id est qui quaeve ex fratribus vel consobrinis, vel amitinis progenerantur.*

6. Al sesto: nella linea ascendente è il tritavo, la tritava; nella discendente il trinipote, la trinipote; nella collaterale l' abnipote e la abnipote del fratello e della sorella, e per conseguenza l' abzio paterno e l'abzia paterna, cioè il fratello e la sorella dell'abavolo, l'abzio materno, e l'abzia ma-

terna, cioè il fratello e la sorella dell'abavola; e similmente i sobrini, cioè quelli che nascono da cugini e cugine nati da fratelli, o da sorelle, ovvero da fratello e sorella.

Al sesto grado si arresta la nomenclatura propria a'diversi gradi di cognazione; al di là non vi è più denominazione particolare, e la parentela viene indicata con la filiazione delle persone; si dice per esempio: i figliuoli di un *sobrino* (*a sobrino sobrinave nati nataeve*).

VII. *Hactenus ostendisse sufficiat quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus; quippe semper generata persona gradum adjicit, ut longe facilius sit respondere quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.*

7. Basti aver fin qui dimostrato in che maniera si computano i gradi della cognazione: da questo si può manifestamente comprendere in che maniera si possono più oltre annoverare gli altri. E si ha da notare che la persona generata sempre aggiunge un grado, di maniera che è più facil cosa dire in qual grado di parendato alcuno si trovi, che dimostrarlo col nome proprio al suo grado.

VIII. *Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.*

8. I gradi dell'agnazione si annoverano nel medesimo modo.

IX. *Sed cum magis veritas oculata fide quam per aures animis hominum infigitur, ideo necessarium duximus, post narrationem graduum etiam hos praesenti libro inscribi, quatenus possint et auribus, et oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.*

9. Ma siccome la verità s'imprime più negli animi degli uomini vedendo, che ascoltando, abbiam pensato che dopo la narrazione de'gradi sia necessario presentarne un quadro in questo libro, affinchè i giovani possano con gli occhi comprender pienamente la materia dei gradi.

Qui secondo il paragrafo doveva essere inserito un quadro de'gradi di cognazione. In conseguenza si lasciava a questo effetto ne'manoscritti uno spazio in bianco. Dal che alcuno è stato indotto a credere che questo spazio formasse la separazione d'un nuovo titolo, che si è fatto cominciare dal paragrafo seguente, dandogli questa rubrica: *De servili cognatione.* Ma è questo un errore; perchè continua il medesimo titolo fino ai §§ 11, e 12 inclusivamente, che sono gli ultimi del titolo, e contengono la ricapitolazione di ciò che precede.

X. *Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine* bonorum possessio *promittitur*, non pertinere; *nam* nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur, *Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum, atque nube plenum et undique confusum fuerat), et hoc humanitate suggerente concessimus, ut si quis in servili consortio constitutus liberum vel liberos habuerit, sive ex libera, sive ex servilis conditionis mulieri, vel contra serva mulier ex libero, vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus; et ad libertatem his pervenientibus, et ii qui ex servili ventre nati sunt libertatem meruerunt; vel dum mulieres liberae erant, ipsi in servitute eos habuerint, et postea ad libertatem pervenerint; ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos enim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius mutuam successionem vocavimus: ex illa lege specialiter eos vocantes sive soli inveniantur, qui in servitute nati et postea manumissi sunt, sive una cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eodem patre, vel ex eadem matre, sive ex aliis, ad similitudinem eorum qui ex justis nuptiis procreati sunt.*

10. Egli è cosa certa, che quella parte dell'editto, per la quale è promesso il *possesso dei beni* a titolo di prossimità *non appartiene* alle cognazioni degli schiavi; poichè *cotal cognazione non era considerata da alcuna legge* antica. Ma nella nostra costituzione, intorno al diritto di padronato (diritto fino a'nostri tempi molto confuso ed oscuro), abbiamo per nostra umanità conceduto, che se qualche schiavo avrà figliuolo, o figliuoli da donna libera, o da schiava, o per lo contrario se una schiava avrà figliuoli di qualunque sesso da uomo libero o schiavo, ed avvenga che sia data la libertà al padre, o alla madre ed ai figliuoli nati di madre schiava, o di madre libera e di padre schiavo; tutti questi figliuoli sieno ammessi alla successione del padre e della madre loro, restando sopito in tal caso il diritto di padronato. Imperocchè abbiamo chiamato questi figliuoli non solamente alla successione de'loro genitori, ma eziandio alla successione l'uno dell'altro a vicenda: e questo, tanto se i figliuoli nati in servitù e poi fatti liberi si trovino soli, quanto se siano insieme con gli altri che son conceputi dopo la libertà dei genitori, e non importa che siano nati tutti dal medesimo padre o dalla medesima madre, o da altri, in conformità di ciò che ha luogo pei figliuoli nati da giuste nozze.

Bonorum possessio non pertinere... Nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. La parentela servile, cioè quella che risulta dalle relazioni degli schiavi tra loro, non era riconosciuta, nè considerata in alcun modo per quanto si appartiene alle eredità, nè dalla legge, nè dal pretore ne' suoi possessi di beni. E questo non solamente durante la servitù, perchè in siffatto stato non vi poteva esser quistione, ma anche dopo la libertà, tra le persone fatte libere. Una cotal parentela era

Così il pretore, come qui vediamo dal testo, venne in aiuto de'figliuoli emancipati o dati in adozione, sì pel possesso de'beni *unde liberi*, e sì per quello *contra tabulas*, come qui sopra abbiamo esposto (pag. 13 e seg.)

Riguardo al padrone, il pretore modificò interamente il diritto delle XII. Tavole; egli trovò ingiusto che il padrone potesse essere spogliato di ogni diritto all'eredità del liberto per la sola volontà di costui, sia che ciò avvenisse per l' adozione d'un figliuolo, o per l' acquisto *in manu* di una donna, atti puramente volontarii da parte del liberto, sia che ciò avvenisse per testamento ch' egli avesse fatto. Per conseguenza in tutti questi casi, e quando non v'erano eredi suoi realmente generati dal libertino, ovvero figliuoli chiamati nel numero degli eredi suoi, l'editto del pretore assicurò al padrone un diritto alla metà della successione, diritto del quale egli non poteva essere spogliato, e che dovea ottenere ad ogni modo, o pel possesso de'beni *ab intestato*, o pel possesso de'beni *contra tabulas*, secondo che il libertino era morto intestato, o avea fatto un testamento a danno di lui.

Questa parte dell'editto non si applicava alle successioni delle libertine, essendochè il padrone, come abbiam veduto, non avea nulla a temere riguardo ad esse (1).

Non si applicava neppure alla padrona; essendochè il pretore non avea aumentati i diritti di costei, ma li avea lasciati quali erano secondo la legge delle XII. Tavole (2). Da ultimo tra i figliuoli del padrone dee farsi la medesima distinzione secondo il sesso. I figliuoli maschi aveano lo stesso diritto pretorio che il padrone medesimo, quando questi mancasse; ma le figliuole non aveano altro diritto che quello delle XII. Tavole (3).

Successione de'libertini secondo la legge Papia Poppaea.

II. *Postea vero lege Papia adaucta sunt jura potronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum est enim, ut ex bonis ejus qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat et pauciores quam tres liberos habebat, sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat, virilis pars patrono deberetur: Itaque cum unum quidem filium, filiamve heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia patrono debebatur, ac si is sine ullo filio filiave testatus decessisset: cum duos duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur (patrono): si tres reliquerat, repellebatur patronus.*

2. Dipoi furono per la legge Papia accresciute le ragioni de'padroni, secondo la ricchezza de'liberti. Perciocchè fu ordinato che de'beni di colui che avesse lasciato cento mila sesterzi di patrimonio, ed avesse avuto meno di tre figliuoli, o che avesse fatto testamento, o nò, il padrone avesse una porzione virile. Così se il liberto avea lasciato erede un figliuolo, o una figliuola, si dovea la metà al padrone non altrimenti che se egli fosse morto intestato senza alcun figliuolo o figliuola; se avea lasciato due figliuoli o figliuole eredi, se gli dava la terza parte; ma lasciandone tre, il padrone era escluso.

La legge Papia Poppæa nel suo spirito generale di dare a'cittadini diritti più o meno estesi, secondo che aveano maggiore o minore numero di figliuoli, o che non ne aveano punto, introdusse nuove regole per la successione de' libertini e delle libertine.

Il testo ci fa conoscere solamente le sue disposizioni relative ai diritti de'padroni suoi beni de'loro liberti maschi; noi vediamo che il padrone ottiene il diritto di venire anche in concorso con gli eredi su i del liberto per una porzione virile, salvochè il defunto non abbia lasciato più di due figliuoli, ovvero un patrimonio minore di cento mila sesterzii.

Quanto a'diritti sulla successione delle libertine, la legge Papia Poppæa liberò dalla tutela de'padroni tutte le liberte che avessero avuto quattro figliuoli, in conseguenza permise loro di far testamento, senza l'autorizzazione del padrone; ma nel tempo medesimo, acciò il padrone non potesse essere spogliato pel testamento, la legge gli assicurò nella successione di questa tale libertà una porzione virile, secondo il numero de'figliuoli sopravviventi (4).

Quanto alle figliuole, ed altri discendenti del padrone del sesso femminile, similmente quanto alla padrona ed a'suoi figliuoli, essendo costoro, pel diritto pretorio, rimasi tutti sotto l'impero della legge delle XII Tavole, la legge Papia Poppæa diede loro dei diritti più estesi, analoghi a quelli del padrone e de'suoi figli maschi: ma solamente quando aveano il numero di figliuoli da questa legge stabilito: due, o tre secondo il caso, come particolarmente si può vedere in Gaio, ed Ulpiano (5).

(1) *Ulp. Reg. 29, 2.*
(2) *Gai. 3, 49.*
(3) *Ulp. Reg. 29, 4.*
(4) *Ulp. Reg. 29, § 3. — Gai. 3, §§ 44, e 4*
(5) *Gai. 3, §§ 49, a 53. — Ulp. Reg. 29, § 3, a 7.*

Successione de' libertini secondo Giustiniano.

III. *Sed nostra constitutio, quam pro omnium notione graeca lingua compendioso tractatu habito composuimus, ita hujusmodi causas definivit: ut si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiae summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successionem, si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus quod erat ex lege XII. Tabularum, integrum reservavit. Cum vero majores centenariis sint, si heredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum. sive plures, cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successionem parentum deduximus, patronis omnibus modis una cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos, patronasque vocavimus. Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem, aut patronas praeterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater, sive avus maternus eos praeterierint, ita ut non possint argui inofficiosa eorum testamenta: tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas non dimidiam (ut antea), sed tertiam partem bonorum liberti consequantur; vel quod deest eis ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus, vel liberta eis reliquerit:* ita sine onere, ut nec liberis liberti, libertaeve ex ea parte legata vel fideicommissa praestentur, *sed ad coheredes eorum hoc onus redundaret: multis aliis casibus a nobis in praefata constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi juris dispositionem perspeximus, ut tam patroni, patronaeque, quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum, libertarumve vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est. Et si ejusdem patroni, vel patronae, vel duorum, duarumque pluriumve liberi sint, qui proximior est, ad liberti, vel libertae vocetur successionem; et in capita non in stirpes dividatur successio: eodem modo et in iis qui ex transverso latere veniunt, servando. Pene enim consonantia jura ingenuitatis et libertinitatis in successionibus fecimus.*

3. Ma la nostra costituzione, la quale per agevolarne a tutti l'intelligenza, abbiamo composta in lingua Greca, e nella quale abbiamo brevemente esposto un trattato intorno a questo argomento, ha diffinito questa materia nel seguente modo: Se il liberto, o la liberta sono meno che centenarii, cioè hanno meno di cento soldi d'oro (dappoichè tanto abbiamo interpetrato che ascende quella somma che dice la legge Papia; cioè che ogni mille sesterzii facciano un soldo d'oro), il padrone non avrà luogo a succedere, se avranno però fatto testamento. Ma se saranno morti intestati senza lasciar figliuoli, il diritto del padrone resterà intero al quale era stabilito dalla legge delle XII Tavole. Se poi la loro facoltà passa la somma di cento soldi d'oro, ed hanno figliuoli eredi, o possessori di essi, un solo o più, e di qualunque sesso e grado per si voglia, essi succederanno all'eredità paterna escludendo in tutti i modi i padroni insieme con la lor progenie. Ma se saranno morti senza figliuoli, e senza far testamento, abbiamo chiamato i padroni e le padrone a tutta l'eredità. Che se poi avranno fatto testamento e non avranno fatto menzione de'padroni e delle padrone, non avendo figliuoli, o avendo diseredati quelli che aveano, o avendoli semplicemente trasandati, se si tratta della madre o dell'avolo paterno, sicchè non si possa impugnar come inofficioso il loro testamento; in questo caso il padrone avrà per vigor della nostra costituzione pel possesso de'beni *contra tabulas* non la metà de'beni del liberto, come per avanti, ma la terza parte, ovvero il compimento di ciò che manca a questa terza parte, quando il liberto, o la liberta gli avrà lasciato meno del terzo de'suoi beni: *senza pesi però, in guisa che anche i legati o fedecommessi lasciati a'figliuoli del liberto o della liberta non si prendano su questo terzo*, ma vadano a carico dei coeredi del padrone. Oltre a questo la detta costituzione ha raccolto molti altri casi necessarii al compimento di questo diritto. Così tanto i padroni, e le padrone, quanto i discendenti loro, ed eziandio coloro che vengono per traverso fino al quinto grado sono chiamati alla successione de'liberti, e delle liberte, siccome si può intendere dal testo di quella costituzione. E così nel caso di più figliuoli di uno, di due, o di più padroni, o padrone, colui che è più prossimo, è chiamato alla successione del liberto e della liberta, e questa successione si divide in capi, non in istirpi: lo stesso ha luogo pe'collaterali. In fatti noi abbiamo ridotto quasi ad una certa corrispondenza e consonanza il diritto di successione degli ingenui, e de' libertini.

Queste disposizioni che paiono complicate possono riassumersi in poche parole.

E da prima, Giustiniano non fa più alcuna differenza tra il padrone, e la padrona, o i loro figliuoli di sesso maschile; nè tra la successione di un libertino o di una libertina: per tutte queste persone il diritto è il medesimo.

La successione intestata del libertino è regolata in questo modo:

1. I suoi figliuoli, anche quelli che avesse avuti in ischiavitù, purchè siano liberi al momento della sua morte, poichè noi abbiam veduto quì sopra (p. 47), che Giustiniano a differenza dell'antica legislazione fa conto di questa parentela servile. Quando il libertino lascia de'figliuoli, qualunque sia la facoltà del defunto, il padrone non ha alcun diritto sulla sua eredità: in questo Giustiniano ritorna alla semplicità della legge delle XII. Tavole.

2. Il padrone o la padrona, ed in mancanza di questi, i loro figliuoli che tengono il luogo di agnati, e tra'quali la divisione si dee far per capi, non per istirpi.

3. I parenti collaterali del padrone o

della padrona, ma solamente fino al quinto grado, e questi tengon luogo di cognati del libertino; poichè siccome in quest'ordine non si riconosce la parentela servile neppur da Giustiniano, il libertino non ha mai i proprî cognati per eredi.

Sicchè l'eredità de' libertini trovasi regolata presso a poco come quella degli ingenui in questo senso, che hanno: un primo ordine, quello degli eredi suoi o discendenti assomigliati agli eredi suoi; un secondo ordine, quello degli agnati rappresentato dal padrone o dalla padrona, o da'loro figliuoli; da ultimo un terzo ordine, quello de'cognati rappresentato da'parenti collaterali del padrone, o della padrona fino al quinto giorno.

In quanto alla successione testamentaria, il libertino riguardo a'suoi figliuoli è soggetto alle medesime regole che gli altri cittadini per la diseredazione, omissione, o querela d'inofficiosità.

Riguardo al suo padrone è da distinguere: se il libertino lascia un patrimonio minore di cento soldi d'oro, in questo caso Giustiniano ritorna alla semplicità della legge delle XII. Tavole, ed il libertino può far liberamente il suo testamento, e non lasciar nulla al padrone. Ma se le sue facoltà passano i cento soldi d'oro, allora il padrone dee avere pel testamento del liberto non più la metà, come per avanti, ma solamente il terzo; altrimenti egli avrà il diritto di farsi dare il terzo, o ciò che manca a compierlo, per mezzo del possesso dei beni *contra tabulas*. E si avverta che questa specie di diritto di riserva ereditaria appartiene al padrone solamente nel caso che non avendo il liberto figliuoli, o avendoli giustamente diseredati, o passati sotto silenzio, a lui avrebbe dovuto spettare la successione *ab intestato*.

Ita sine onere ut nec liberis liberti, libertaeve ex ea parte legata vel fideicommissa praestentur. La terza parte che il padrone ha diritto di domandare, si computa fatta deduzione de'debiti, ma essa non può esser gravata d'alcun carico di legato o fedecommesso, o d'altra maniera di liberalità; intantochè il nostro testo suppone il caso che un libertino avendo giustamente diseredato i suoi figliuoli, abbia nondimeno lasciato loro qualche legato, o fedecommesso. Trovandosi i figliuoli così ributtati dalla successione, ciò basta perchè si dia luogo all'ordine de' padroni, e perchè questi abbiano il diritto di domandare la loro terza parte intera contra le tavole del testamento. In tal caso su questo terzo il padrone non sarà neppur obbligato di contribuire per pagare i legati, o fedecommessi lasciati a'figliuoli del defunto, restando questo peso tutto a carico degli altri eredi.

IV. *Sed haec de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem romanam pervenerunt: cum nec sint alii liberti, simul dedititiis, et latinis sublatis: cum latinorum legitimae successionem nullas penitus erant, qui licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen in ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant, et quasi servorum, ita bona eorum* jure quodammodo peculii *ex lege Junia manumissores detinebant. Postea vero* senatus-consultò Largiano *cautum fuerat, ut liberi manumissoris* non nominatim exheredati facti *extraneis heredibus eorum in bonis latinorum praeponerentur. Quibus supervenit etiam* divi Trajani edictum, *quod eumdem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem romanam venire ex beneficio principis festinabat, faciebat quidem vivum civem romanum, latinum vero morientem. Sed nostra constitutione propter hujusmodi conditionum vices et alias difficultates, cum ipsis latinis etiam legem Juniam et Senatus-consultum Largianum, et edictum divi Trajani in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberti civitate romana fruantur; et mirabili modo quibusdam adjectionibus ipsas vias quae in latinitatem ducebant, ad civitatem romanam capiendam transposuimus.*

4. Ma tutto questo si deve intendere per quei liberti che son cittadini romani, non essendovi altra sorta di liberti, dacchè sono stati tolti via i deditizii, e i latini, i quali latini non lasciavano mai alcuna successione legittima: in fatti quantunque essi vivessero come liberi, non pertanto nell'ultimo respiro perdevano insieme la libertà; ed i padroni per la legge Giunia ritenevano i loro beni come quelli degli schiavi, *quasi per diritto di peculio*. Ma dopo, pel *senato-consulto Largiano* fu ordinato che i figliuoli del liberatore, sal vocchè non fossero stati nominatamente diseredati, fosser preposti agli eredi estranei ne'beni di essi latini. Sopraggiunse poi l'editto del divino Trajano, per il quale si stabilì che quando un latino era stato per favore del Principe ammesso più presto alla cittadinanza romana contro la volontà, o senza saputa del padrone, vivesse come cittadino romano, ma nella morte morisse come latino. Noi però nella nostra costituzione per tutto questo avvicendarsi di condizioni, e per altre difficoltà abbiamo cancellato in perpetuo insieme co' Latini la legge Giunia il senato consulto Largiano, e l'editto del divino Traiano, acciò tutti i liberti godano della cittadinanza romana; e con mirabil modo, con certe aggiunzioni da noi fatte, per quelle vie, per le quali prima si andava alla latinità, per ora si va alla cittadinanza romana.

Gaio nelle sue istituta trattava in questo luogo della successione di quella classe particolare di libertini che si addomandavano *Latini Giuniani*. Giustinia

no ha preso da lui alcune particolarità intorno a questo soggetto, le quali nella legislazione di questo principe non han più che un interesse puramente storico.

Jure quodammodo peculii: noi abbiamo già spiegato (v. 1, p. 102 e seg.) la condizione de'libertini Latini secondo la legge *Junia Norbana*, ed il diritto di peculio, per vigore del quale alla morte di cotali libertini il padrone o i suo eredi prendevano i beni, che questi lasciavano. È sufficiente riportarsi a quelle spiegazioni.

Senatus-consulto Largiano. Il senato-consulto Largiano fu pubblicato sotto l'impero di Claudio e sotto il consolato di Lupo, e Largo. (Anno 795 di R. 42 di G. C.) Esso creò su i beni del libertino latino in luogo del diritto di peculio una specie di eredità a vantaggio de'figliuoli del padrone. In fatti quando anche il padrone avesse lasciato in morte altri eredi che figliuoli, i beni del liberto latino Giuniano morto dopo lui non appartenevano come peculio all'eredità del padrone per dividersi a questo titolo tra tutti gli eredi figliuoli, o altri che fossero; ma i figliuoli li raccoglievano soli come per una specie di diritto successorio escludendone tutti gli altri eredi.

Non nominatim exheredati facti. Ma il padrone poteva privare i suoi figliuoli di questa specie di diritto successorio del senato-consulto Largiano, diseredandoli *nominatamente* dalla sua propria eredità. Del rimanente se non erano stati nominatamente diseredati, il diritto del senato-consulto Largiano sui beni del libertino latino rimanevano sempre ad essi, tuttochè non fossero eredi del padre loro, per esempio se si fosse trattato di figliuoli che si potevano diseredar collettivamente, o passar sotto silenzio: costoro esclusi per la diseredazione collettiva, e per l'omessione dall'eredità paterna, non erano per questo esclusi dai beni del latino Giuniano; il medesimo era per quelli che si fossero astenuti. Si possono leggere in Gaio i particolari ch'egli dà intorno a questo senato consulto (1).

Divi Trajani edictum. L'imperatore poteva dare ad un latino il diritto di cittadinanza, come di già abbiam veduto (v. 1. p. 103). Ma se questo favore gli era stato conceduto senza che il padrone lo sapesse, o a suo malgrado, l'editto di Traiano voleva che il diritto del padrone, e de'suoi figliuoli in quanto ai beni, che il liberto poteva lasciare, rimanesse salvo (*salvo jure patroni*). Così il liberto divenuto per questo modo cittadino romano godeva nella sua vita di tutti i vantaggi, e diritti di cittadino; ma in morte i suoi beni erano deferiti come quelli di un semplice Latino (2); questa disposizione fu più tardi raddolcita da un altro senato-consulto del tempo di Adriano (3).

Ma sotto Giustiniano tutte queste disposizioni son abrogate, dacchè tutti gli schiavi fatti liberi son cittadini, e tutti formano una medesima classe.

TITULUS VIII.

DE ADSIGNATIONE LIBERTORUM.

In summa, quod ad bona libertorum, admonendi sumus censuisse senatum, *ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, aequaliter bona libertorum pertineant, tamen liceret parenti* uni ex liberis adsignare libertum: *ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui adsignatus est; et caeteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla adsignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant. Sed ita demum pristinum jus recipiunt, si is, cui adsignatus est decesserit*, nullis liberis relictis.

TITOLO VIII.

DELL'ASSEGNAZIONE DE'LIBERTINI.

Da ultimo è a sapere, riguardo a'beni de'liberti, *il senato aver giudicato*, che, quantunque questi appartengano egualmente a tutti i discendenti del padrone nel medesimo grado, nondimeno sia lecito al padre assegnare il liberto *ad uno de' suoi figliuoli*, affinchè dopo la sua morte egli solo sia riconosciuto per suo *patronus*, e che gli altri discendenti, i quali, se non si fosse fatta l'assegnazione, sarebbero stati parimente ammessi a'medesimi beni, non vi abbiano ragione alcuna. Ma se colui, al quale fu fatta l'assegnazione, si morisse *senza figliuoli*, essi verrebbero a ricuperare il loro diritto primitivo.

Censuisse senatum. Questo senato-consulto fu fatto, come lo indica il § 3. di questo titolo, al tempo dell'imperadore Claudio sotto il consolato di Suillo Rufo e Osterio Scapula l'anno di R. 798. Ulpiano ce ne mostra il testo medesimo in un frammento che si trova nel Digesto (4).

Uni ex liberis adsignare libertum. Secondo il diritto antico, quando il padrone moriva prima del liberto, moriva senza avere alcun diritto sui beni che questi potesse lasciare, giacchè moriva innanzi che questa successione fosse aper-

(1) *Gai. 3, 65, a 67.* (2) *Ivi 72.* (3) *Ivi 73.* (4) *D. 38, 4, 1, pr. f. Ulp.*

ta. Il diritto di successione in tal caso passava ai figliuoli del padrone ed era ad essi personale, ed uguale tra loro, secondo il grado. Ma dopo il senato-consulto è permesso al padrone di mutar quest' eguaglianza di diritti, e di estendere la sua potestà eziandio dopo la sua morte sui beni del liberto che gli sopravvive, assegnando costui ad un solo de'suoi figliuoli ad esclusione degli altri.

Nullis liberis relictis. Siccome quegli, al quale si è fatta l'assegnazione è riputato il solo *patronus*, il diritto di eredità su'beni del liberto trovasi concentrato in lui solo, ed in sua mancanza, ne'suoi figliuoli: così s'egli si muore prima del liberto lasciando de'figliuoli, a questi ultimi il diritto ereditario si appartiene; ma se muore senza posterità, o se tutti i suoi figliuoli muoiano eziandio prima del liberto, allora trovandosi la razza di colui al quale l'assegnazione fu fatta, interamente estinta, innanzi che la successione del liberto si apra, si ritorna al diritto comune, e la ragione ereditaria su questa successione si dà nuovamente a tutti gli altri figliuoli del padrone.

I. *Nec tantum libertum, sed etiam libertam; et non tantum filio,* nepotive, *sed etiam filiae,* neptive *adsignare permittitur.*

1. E può essere assegnato non solo il liberto, ma la liberta, e non solamente al figliuolo *o al nipote*. ma alla figliola *o alla nipote*.

Nepotive, neptive. Il padrone può scegliere tra tutti i suoi discendenti che meglio a lui pare per fargli l'assegnazione d'un liberto, e non è astretto a seguir la gerarchia de'gradi; e però quantunque abbia de'figliuoli, può assegnare ad un nipote, o ad una nipote, e per tal modo dare ad essi la preferenza su quelli del grado precedente; e gli è lecito ciò fare quando anche questi nipoti sieno preceduti nella famiglia dal padre loro, sotto la cui potestà alla morte del padrone hanno a ricadere (1).

II. *Datur autem haec adsignandi facultas ei qui* duos pluresve liberos *in potestate habebit*, *ut eis* quos in potestate habet *adsignare libertum, libertamve liceat. Unde quaerebatur, si eum, cui adsignaverit, postea emancipaverit, num evanescat adsignatio. Sed* placuit evanescere, *quod et Juliano, et aliis plerisque visum est.*

2. Del resto tal facoltà d'assegnare è data a colui che avrà *due o più figliuoli* in sua potestà, sicchè egli possa assegnare il liberto o la liberta a coloro *che ha in sua potestà*. Laonde si ricercava se, fatta l'assegnazione, ed emancipato colui a cui essa fu fatta, valesse cotal assegnazione. *E si disse che valesse*, siccome a Giuliano, ed a molti altri è paruto.

Duos pluresve liberos. In luogo di fare l'assegnazione ad un sol figliuolo, si può fare a due, o più: essa in tal caso è attribuita loro in comune, ad esclusione degli altri.

Quos in potestate habet. Questa è la condizione indispensabile. In fatti si vuol notare che non è lecito al padrone di creare al suo liberto degli eredi che la legge non gli ha dati, ma solamente di scegliere tra quelli che la legge medesima gli ha dati. Il padrone non crea un diritto ereditario, ma solamente un diritto di preferenza. Ora i figliuoli ch'egli non ha in sua potestà, non hanno alcun diritto eventuale alla successione del liberto; egli dunque non può fare a loro l'assegnazione.

Placuit evanescere. In fatti benchè l'assegnazione sia stata fatta prima dell'emancipazione, essa non è mai altro che un diritto di preferenza dato ad uno tra gli abili a succedere; e però quando questo figliuolo diventa inabile a succedere al liberto, il suo diritto di preferenza svanisce (2).

III. *Nec interest testamento quis adsignet, an sine testamento; sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere ex ipso senatusconsulto, quod Claudianis temporibus factum est Suillo Rufo, et Osterio Scapula consulibus.*

3. Nè importa se l'assegnazione è fatta con testamento o senza testamento; e secondo il medesimo senato consulto, che fu fatto ne'tempi di Claudio, essendo consoli Suillo Rufo, ed Osterio Scapulata, è permesso ai padroni di farla con quali parole essi vogliano.

TITULUS IX.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

TITOLO IX.

DE' POSSESSI DE' BENI.

L'eredità era la sola maniera di succedere che fosse riconosciuta dal diritto ci-

(1) *D. 38, 4, 5, §§ 1, e 2, f Ulp.*

(2) Ved. un' eccezione che Modestino sembra fare a questa regola per un caso particolare: allorchè l'assegnazione è fatta in comune ad un figliuolo rimasto sotto la potestà, e ad un figliuolo emancipato, se queglino che son rimasti in potestà sieno almeno due *(D. 38, 4, 9, f. Mod)*.

vile: essa era la primitiva istituzione rigorosamente romana, che non dipendeva da alcun magistrato, ma solamente dalla legge civile (*ex jure civili, ipso jure*).

Ma un uso introdotto nel tribunale del pretore, e di poi le formali disposizioni dell'editto stabilirono allato all' eredità una nuova maniera di entrare al godimento de'beni del morto, il *possesso dei beni*: istituzione posteriore, pretoria, regolata non già dalla legge, ma dal magistrato.

Ecco quale ne dovette esser l'origine. Il pretore nel suo uffizio di assicurar l'esecuzione della legge, avea il carico, in caso di contestazione, di far dare, e mantenere all'erede il possesso de' beni del defunto. Questo conferimento di possesso non era altro che un modo di esecuzione della legge di eredità: era il *fatto* che veniva a mettere in esecuzione il *diritto*. Il pretore adunque a principio dovè dare il possesso de' beni, esclusivamente a coloro che erano eredi per vigor della legge; ma di poi pensò ben fatto di darlo eziandio ad alcuni parenti, che il diritto civile avea lasciati addietro, ed anche di negarlo in certi casi all'erede legale, ed attribuirlo a suo danno ad altri parenti, che l'equità ed i legami naturali gli rendeano preferibili. Così, facendo eseguire il diritto civile nel primo caso, suppliva alle sue lacune nel secondo; e lo contraddiceva, a fine di correggerlo, nel terzo. Noi sappiamo che tale era stata in generale la destinazione del diritto pretorio (*adjuvandi, supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*) (Vol. 1. p. 87).

Allora il possesso de'beni divenne una specie di diritto ereditario separato e distinto, una specie di successione pretoria, l'ordine, e le condizioni della quale furono regolate dall'editto. A lora si distinse l'eredità ed il *possesso de'beni*; il titolo d'*erede*, e quello di *possessore di beni*, i quali ordinariamente si riunivano nella medesima persona, ma soventi volte erano anche separati.

La legge, e la sola legge faceva l'erede; il pretore faceva il *possessore de'beni*.

Nell'editto veniva in primo luogo la *bonorum possessio*, perchè il diritto, che il pretore innanzi tutto ed utilmente dava, era il possesso de' beni; in secondo luogo si trattava dell'*hereditas*.

Jus bonorum possessionis introductum est, a praetore emendandi veteri juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo praetor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire nonpoterat, cum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet a praetore adjuvabatur. Sed is a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.

Il diritto del possesso de'beni fu introdotto dal pretore per correggere l'antico diritto, e non solamente il corresse, come abbiam detto di sopra, quanto all'eredità intestate, ma eziandio quanto a quelle di coloro che morivano con testamento. Come, se un postumo estraneo fosse stato istituito erede, quantunque non potesse per diritto civile andare all'eredità, essendo l'istituzione nulla, nondimeno egli diveniva possessore di beni pel diritto onorario, coll'aiuto del pretore. Ma per nostra costituzione, oggi egli è rettamente istituito erede, e quasi riconosciuto dalla ragione civile.

1. *Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte testamento facto heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos heredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat; sed et remota quoque bonorum possessione, ad eos pertinet hereditas jure civili.*

1. Nondimeno avvien qualche volta che il pretore promette il possesso dei beni non per correggere, nè per impugnare il vecchio diritto, ma per meglio confermarlo, perchè egli lo accorda secondo le tavole anche a coloro che per testamento rettamente fatto sono istituiti eredi. Chiama similmente al possesso de'beni gli eredi suoi ab intestato e gli agnati, quantunque l' eredità anche senza tal soccorso ad essi per diritto civile si aspetta.

Da questi due paragrafi s' intende, che il possesso de beni è dato: *confirmandi, emendandi, vel impugnandi veteris juris gratia*; il che ha relazione alla destinazione generale del diritto pretorio: *adjuvandi, supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*. Noi avremo cura, nell' esporre i diversi possessi di beni, di far notare in quali casi essi confermano, correggono, o contradicono il diritto civile.

Nel primo caso, cioè, quando il pretore attribuisce il possesso a coloro che già sono eredi per vigor della legge, quale può esser il vantaggio di questo diritto? Il solo vantaggio, ci dice Gaio, è quello di poter far uso dell' interdetto che comincia con queste parole: *Quorum bonorum*, interdetto ch'avea per effetto di farsi mettere in possesso de beni ereditari (1).

(1) « *Quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere quod is qui ita bonorum possessionem petit, interdicto, cujus principium est* QUORUM BONORUM, *uti possit* » (Gai 3, 34).

II. *Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt; nam praetor heredem facere non potest. Per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus-consulta et constitutiones principales; sed cum eis praetor dat bonorum possessionem*, loco heredum constituuntur *et vocantur bonorum possessores. Adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum* id agebat ne quis sine successore moreretur. *Nam angustissimis finibus constitutum per legem XII. Tabularum jus percipiendarum hereditatum praetor* ex bono et aequo dilatavit.

2. Ma se il solo pretore chiama all'eredità i chiamati, non sono eredi di diritto, poichè il pretore non può far erede alcuno; gli eredi son fatti per legge solamente, o per simili altre ordinazioni di legge, come sarebbe per senato-consulti, e per costituzioni imperiali; ma quando il pretore dà loro il possesso de'beni, essi *son posti in luogo di eredi*, e son chiamati possessori di beni. Inoltre il pretore stabilì molti altri gradi di possesso per provvedere *che niuno si morisse senza aver successore*. Quindi essendo il dritto di aver l'eredità posto fra stretti termini per la legge delle XII. Tavole, il pretore l'allargò per ragione di equità.

Loco heredum constituuntur. Essi non sono eredi, ma stanno in luogo e vece di loro. Lo stesso ci dice Ulpiano quasi nei medesimi termini, il quale aggiugne, che per conseguenza, o che costoro sieno attori, o convenuti, sia necessario ricorrere ad azioni finte, nelle quali si riguardano fittiziamente come eredi: non essendo effettualmente tali, non vi può esser luogo ad azione diretta in questa qualità nè in loro favore, nè contro di essi: « *Heredes quidem non sunt; sed heredis loco constituuntur beneficio praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est in quibus heredes esse finguntur* (1) ».

Is agebat ne quis sine successore moreretur; ex bono et aequo dilatavit. Questo è il principio che ha spintoil pretore ad aggiugnere dopo gli eredi suoi, e gli agnati, nuovi ordini di possessori di beni, affinchè, in difetto de'due primi ordini, la successione non rimanesse vacante, ma fosse invece attribuita a quelle persone, alle quali la natura e l'equità comandavano di aver riguardo.

III. *Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hae: prima quae praeteritis liberis datur, vocaturque* CONTRA TABULAS; *secunda quam omnibus jure scriptis heredibus praetor pollicetur, ideoque vocatur* SECUNDUM TABULAS *testamenti. Et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit; et primo loco suis heredibus, et iis qui ex edicto praetoris inter suos heredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quae vocatur*, UNDE LIBERI. *Secundo legitimis heredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manomissori praeferebat. Sunt autem decem personae hae; pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni; item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia; frater, soror, sive consanguinei, sive uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto* TUM QUEM EX FAMILIA. *Sexto patrono, et patronae, liberisque eorum et parentibus. Septimo viro et uxori. Octava cognatis manumissoris.*

3. I possessi de'beni per testamento son questi: Il primo è dato a'discendenti, de'quali non si è fatta menzione alcuna nel testamento, e si chiama: CONTRA LE TAVOLE. Il secondo è promesso dal pretore a tutti coloro che rettamente sono scritti eredi, e però è chiamato: SECONDO LE TAVOLE. Avendo favellato prima de'testati, passò di poi agl'intestati. E nel primo luogo dà il possesso de'beni agli eredi suoi, ed a coloro che per editto del pretore son connumerati tra gli eredi suoi, il qual possesso è chiamato UNDE LIBERI. Nel secondo, agli eredi legittimi. Nel terzo, a dieci persone, le quali preferiva al manomettente estraneo: esse son queste: Il padre, la madre, l'avolo, l'avola tanto paterni quanto materni; similmente il figliuolo, la figliuola, il nipote nati tanto dal figliuolo, che dalla figliuola, il fratello, la sorella consanguinei ovvero uterini. Nel quarto, a'cognati prossimi. Nel quinto, TUM QUEM EX FAMILIA, al più prossimo membro della famiglia del francato. Nel sesto, al padrone ed alla padrona, ed a'loro discendenti e genitori. Nel settimo, al marito ed alla moglie. Nell'ottavo, a'cognati del manomettente.

Come l'eredità, così i possessori di beni sono o testamentarii (*ex testamento*), o *ab intestato*, secondo che il defunto ha lasciato un testamento, o no. Il testo qui enumera tutti questi possessi di beni; l'ordine nel quale son collocati non è indifferente; poichè indica il grado di preferenza. Noi ne discorreremo successivamente con quest'ordine medesimo.

E da prima in capo a tutti vengono i possessi di beni *ex testamento*, i quali vanno innanzi ai possessi di beni *ab intestato*, come l'eredità testamentaria va innanzi alla eredità senza testamento. « *Praetor eum ordinem secutus est, quem et lex duodecim tabularum secuta est: fuit enim ordinarium ante de judiciis testantium, dein de successione ab intestato loqui* (2).

I possessi di beni testamentarii sono due e son disposti con quest'ordine:

1.° CONTRA TABULAS; 2.° SECUNDUM TABULAS.

Contra tabulas. Il possesso de' beni *contra tabulas* chiamasi eziandio *contra lignum* (3), cioè contro le tavole, contro il

(1) *Ulp. Reg. 28, 12.*
(2) *D. 38, 6, 1, pr. f. Ulp.*
(3) *D. 37, 4, 19, f. Tryph.*

legno del testamento. Nel Digesto vi è un titolo spezialmente consacrato a questo possesso di beni (1). Esso è dato in generale ai discendenti passati in silenzio dal capo di famiglia, *praeteritis liberis*, come dice il testo. I discendenti, di cui quì si tratta, son quelli che sono eredi suoi, o messi nel numero degli eredi suoi: naturali, o adottivi, emancipati, o dati in adozione conformemente a quello che quì sopra abbiamo esposto (pag. 5 e seg.), e segnatamente (p. 12 § 12 (2), senza distinzione, come di già abbiam detto (V. I. p. 364), tra i discendenti di sesso maschile e quelli di sesso feminile. Quelli tra siffatti discendenti, che non essendo stati istituiti eredi, nè diseredati, si troveranno per sola *preterizione* privati de' diritti successorii di eredi suoi, otterranno dal pretore contro le tavole del testamento il possesso di beni ne' diritti e nell' ordine nel quale erano dal diritto civile chiamati alla successione. « *Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem eo jure, eoque ordine quo vocantur ad successionem ex jure civili* (3) » Ma i discendenti diseredati non vi sono ammessi (4). Questo possesso di beni non ha luogo contro il testamento delle donne, perchè elle non hanno eredi suoi. « *Ad testamentum feminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet: quia suos heredes non habent* (5) ». Esso conferma il diritto civile, e viene in suo aiuto (*adjuvat*), quando si tratta di discendenti realmente eredi suoi; mentre noi sappiamo che allorchè questi son lasciati addietro senza farne menzione, il testamento è nullo secondo la giurisprudenza civile. A questa nullità di diritto civile viene ad aggiugnersi la rescissione pretoria. Ma essa corregge e contraddice il diritto civile (*emendat, impugnat*), quando si tratta di discendenti emancipati; poicchè non avendo costoro civilmente alcun diritto di eredi suoi, la successione dovrebbe restare, secondo il diritto civile, agli eredi istituiti, e nondimeno per mezzo del possesso de' beni, e della rescissione pretoria, questa successione vien tolta loro. Una specie di possesso di beni *contra tabulas* era ancor data secondo che abbiam veduto (tit. VII. § 1.), al padrone contro il testamento del francato, per farsi dare la metà dell' eredità, della quale era stato spogliato per il testamento. Anche in questo caso contraddiceva al diritto civile.

Secundum tabulas. Questo possesso di beni era dato agli eredi istituiti conformemente alle disposizioni del testamento, che trovavasi così messo in esecuzione dal pretore. Il titolo 2, del lib. 37 del Digesto vi è spezialmente consacrato. Esso veniva dato non solamente quando il testamento era regolare e valido secondo il diritto civile, ma in altri casi in cui per diritto civile non avrebbe avuto effetto. Così tanto nella forma, quanto nella capacità del testatore, o dell'istituito, e nelle disposizioni medesime dell'atto, il pretore era meno rigoroso di questo diritto. Nella forma, poco importava che non avesse avuto luogo la mancipazione della famiglia, o la nuncupazione, purchè l'atto fosse corredato de' sette sigilli richiesti, il pretore dava il possesso de' beni *secundum tabulas* (V. I. p. 341)(6). Nella capacità del testatore, poco importa che questi nel tempo intermedio tra la formazione del testamento, e la morte avesse perduto siffatta capacità, poichè il pretore ricercava la capacita in queste due epoche solamente (Vol. I. 353 e 391) (7). In quella dell'istituito, noi ne abbiam veduto un esempio nello stesso preambolo di questo titolo (quì sopra pag. 51), ove le Istituzioni ci dicono che se sia stato istituito un postumo estraneo, benchè questa istituzione non sia valida secondo il diritto civile, il pretore la soccorrerà, cioè darà il possesso de' beni *secundum tabulas*. Nelle disposizioni medesime dell'atto, poichè in caso d'istituzione fatta sotto condizione, il pretore dava il possesso di beni *secundum tabulas* anche innanzi che la condizione venisse adempiuta (*pendente conditione*), salvo a ritirarlo se la condizione venisse a mancare (8). Finalmente anche in altri casi, come sarebbe quello che abbiamo indicato (V. I. 353, 391). Si vede adunque che questo possesso di beni talvolta è conforme, e tal' altra è contrario al diritto civile. Del resto il possesso dei beni *secundum tabulas* veniva in secondo luogo dopo quello *contra tabulas*. In fatti se vi son discendenti, che han diritto al possesso de' beni contro il testamento, finchè possono domandarlo, non può aver luogo quell'altro possesso di beni che ha per iscopo di far eseguire il testamento.

---

(1) *D. 37, 4.* (2) *Ulp. Reg. 28, 5.*
(3) *D. 37, 4, 1, § 1, f. Ulp.*
(4) *Ivi 8, pr. e 10, § 8, fr. Ulp.*
(5) *Ivi 4. § 2, f. Paul.* (6) *Ulp. Reg. 28, 6.*
(7) *D. 37, 11, 1, § 8, f. Ulp.*
(8) *D. 37, 11, 5, e 6, f. Ulp.*

Bisogna dunque attendere che i discendenti abbian lasciato spirare il termine per domandare il possesso de' beni *contra tabulas* (noi vedremo che ogni possesso di beni dovea esser domandato in un certo termine, passato il quale vi era decadenza), ovvero che sieno morti o che ne abbiano ripudiato, o perduto il diritto (1).

In difetto di possessi di beni testamentarii, o perchè non vi sia stato testamento, o perchè non si sia domandato il posseso dei beni *contra tabulas* o *secundum tabulas* nei termini prescritti, l'editto passa ai possessi di beni *ab intestato* che erano i seguenti:

UNDE LIBERI;
UNDE LEGITIMI;
UNDE DECEM PERSONAE;
UNDE COGNATI;
TUM QUEM EX FAMILIA;
UNDE LIBERI PATRONI, PATRONAEQUE ET PARENTES EORUM;
UNDE VIR ET UXORE;
UNDE COGNATI MANUMISSORIS.

Questa denominazioni de' possessi di beni che consiste nella preposizione *unde* seguita dalla indicazione delle persone chiamate, è un abbreviazione di questa frase: « *Ea pars edicti unde liberi vocantur : unde legitimi vocantur* etc. ».

Tra questi possessi di beni quattro solamente son relativi alla successione degl'ingenui: *Unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, *unde vir et uxor*; gli altri quattro sono esclusivamente applicabili alle successioni de' libertini. Noi toccheremo brevemente di tutti.

Unde liberi (2). Questo è il primo; esso si dà ai discendenti che son suoi eredi o chiamati nel numero degli eredi suoi, secondo quel che abbiam detto (qui sopra p. 5 e seg.); non ha luogo nella successione delle donne, perchè queste non hanno eredi suoi; è comune così a quella dei libertini come a quella degl'ingenui, perchè i libertini hanno per successori in primo luogo i loro eredi suoi.

Unde legitimi. (3). Per questo possesso di beni son chiamati tutti coloro, che sono legalmente eredi *ab intestato* sì per la legge della XII. Tavole, come per qualsivoglia altra legge, senato-consulto, o costituzione. Così gli agnati, che vengono per la legge delle XII. Tavole; le persone messe dalle costituzioni nel numero degli agnati; la madre, che succede a' suoi figliuoli pel senato-consulto Tertulliano, o i figliuoli che succedono alla madre pel senato-consulto Orfitiano, possono domandare questo possesso di beni (4). Il medesimo dee dirsi del padrone, e dei suoi figliuoli, poichè sono eredi legittimi del liberto (5). Ed anche gli eredi suoi, se non avesser curato di domandare nel debito termine il loro peculiare possesso di beni *unde liberi*, o se l'avessero rifiutato, potevano domandare il possesso di beni *unde legitimi*. Un frammento di Giuliano ci ha conservato le parole medesime dell'editto intorno a questo possesso di beni; esse presentano il più ampio senso: « *Tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus est* » ... (probabilmente, o presso a poco *vocabo*) ». Allora io chiamerò colui che doveva essere suo erede, *ab intestato*, ed il giureconsulto aggiugne, che queste parole si vogliono intendere in un senso ampio e nella maggior possibile estensione (*large et cum extensione*) (6). Questo possesso di beni altro effetto non avea che di confermare il diritto civile; avea luogo così per la successione delle donne, che per quella degli uomini; ed era comune tanto alla successione degl' ingenui, quanto a quella dei libertini (7).

Unde decem personae : Questo possesso di beni applicavasi al caso particolare della successione di una persona libera, che dopo essere stata da un estraneo acquistata in *mancipio*, avea da lui ricevuto la libertà. La qual cosa, come di già abbiam veduto, avea luogo principalmente per finzione, a fine di operare un' emancipazione. Noi sappiamo che, in questo caso, l'estraneo, il quale dava la libertà (*manumissor extraneus*), otteneva per la legge civile i diritti di padronato, e per conseguente quelli di successione, senza che nè il padre naturale, nè la famiglia dond'era uscito il francato ne avessero alcuno (ved. V. I. p. 150). Il pretore corresse questo rigore del diritto civile, chiamando per uno speciale possesso di beni prima dell'estraneo, che avea dato la libertà, le dieci persone della famiglia naturale, che sono annoverate nel testo.

Unde cognati. (8). Questo possesso di beni non prende origine dal diritto civile, ma vien tutto dall'indulgenza del pre-

(1) *Ivi 2, pr. f. Ulp.*
(2) V. il titolo speciale consacrato a questo possesso di beni nel *Dig. lib. 38, t. 6.*
(3) Ved. il tit. speciale al *Dig. 38, 7.*
(4) *Ivi 2, § 4, f. Ulp.* (5) *Ivi § 1.*
(6) *D. 38, 7, 1, f. Jul.*
(7) *D. 38, 7, 2, §§ 4, e 2, f. Ulp.*
(8) Ved. il titolo particolare nel *Dig. 38, 8.*

tore, che supplisce ad una lacuna della legge; ed estende i limiti del diritto di successione creando un nuovo ordine di successori. Noi abbiam già veduto (quì sopra pag. 39 e seg.) quali persone ed in qual modo vi son chiamate; e sappiamo che gli eredi suoi o legittimi, se non avean curato, ovvero se avean rifiutato il loro possesso di beni *unde liberi*, o *unde legitimi*, potevano venir anco tra i cognati, secondo il loro grado di prossimità, per mezzo del possesso di beni *unde cognati*, dappoichè essi erano eziandio cognati.

Tum quem ex familia. Questo possesso di beni è esclusivamente proprio alla successione de' libertini. Per questa successione sappiamo che vi era in primo luogo il possesso di beni *unde liberi*; ed in secondo luogo in mancanza del primo, il possesso di beni, *unde legitimi*, nel quale trovavansi comprese il padrone ed i suoi discendenti. Ma in difetto di questo possesso di beni, il pretore avea chiamato in terzo luogo il più prossimo membro della famiglia del padrone, il che comprendeva il padrone medesimo ed i suoi discendenti, se aveano trascurato o rifiutato di domandare il possesso di beni *unde legitimi*, ed inoltre i suoi agnati. La denominazione di questo possesso di beni *tum quem ex familia* non presenta realmente alcuna difficoltà, ed è un evidente errore a volervi sostituire le parole *tamquam ex familia*, o esitar fra esse. Queste parole *tum quem ex familia* sono il principio dell'editto, e sono in tutto corrispondenti a quelle che di già abbiam citate pel possesso di beni degli eredi legittimi: *tum quem ei heredem esse oporteret*, e che troviamo due volte riportate nel Digesto (1). Dal che si può conchiudere che questa era la locuzione abituale dell'editto pei diversi possessi di beni. Quì senza dubbio il senso era questo: « *Tum quem ex familia ... (patroni proximum oportebit, vocabo)* chiamerò il più prossimo della famiglia del padrone ».

Unde liberi patroni patronaeque et parentes eorum. Così è denominato questo possesso di beni, siccome ci fan sapere il § 5 di questo titolo, e Teofilo nella sua parafrasi. Questo possesso di beni era del pari esclusivamente applicabile alle successioni de' libertini. Quale ne era l'utilità? Non ostante la spiegazione, che ce ne dà Teofilo, si è considerata cotal quistione siccome un problema difficile a risolvere in un modo soddisfacente. Se il padrone, o i suoi discendenti, dice Teofilo, han trascurato di domandare il possesso de' beni *unde legitimi* ne' termini prescritti, ed hanno parimente fatto decorrere il termine del possesso de' beni *tum quem ex familia*, allora il padrone, o i suoi discendenti o ascendenti potran venire pel possesso de' beni *unde liberi patroni*... etc. È sembrato ridicola questa ripetizione di possessi di beni, la quale sarebbe inventata unicamente per moltiplicare il ricorso del padrone, e per dargli la facoltà di passare da un possesso di beni in un altro, come da un ramo in un altro. Ma non è questo lo scopo principale: il possesso di beni *unde liberi patroni, patronaeque et parentes eorum* non è dato specialmente nè al padrone, nè alla padrona, anzi non sono neppur compresi nella sua denominazione, e solo accidentalmente possono trarne profitto. Del rimanente in questo non vi ha nulla che non sia generale, e comune a tutti gli ordini di possessi di beni. In fatti noi abbiam veduto che nella successione degl'ingenui i possessi di beni sono: in primo luogo *unde liberi* per gli eredi suoi; dipoi *unde legitimi*, principalmente per gli agnati; da ultimo *unde cognati* per tutti i cognati, cioè parenti naturali, il che non impedisce che gli eredi suoi non sieno compresi in ciascuno dei tre. e che dopo aver lasciato passare il primo, non possano venir pel secondo, ed in difetto anche pel terzo; e che dal loro lato gli agnati dopo aver lasciato passare il possesso di beni *unde legitimi*, non possan venire, secondo il lor grado di prossimità, per quello *unde cognati*. Similmente nella successione de' libertini la serie de' possessi di beni, in quanto al diritto di padronato, era il seguente: 1. *unde legitimi* pel padrone e suoi discendenti conformemente alla legge, il che non comprendeva nè i discendenti fuori la potestà del padrone, nè quelli della padrona, poichè le madri non aveano potestà paterna; 2. *tum quem ex familia*, per la famiglia civile del padrone, o della padrona, cioè principalmente pe' loro agnati, il che non comprendeva i parenti congiunti soltanto per vincolo naturale; 3. *unde liberi patroni patronaeque, et parentes eorum*, pei discendenti, o ascendenti senza distinguere più se siano, o no sotto la potestà,

(1) *D. 38. 7, 1, f. Julian.— 38, 14, 1, f. Ulp.*

o nella famiglia del padrone, ma solamente a cagione del legame naturale; sicchè i discendenti della padrona, e gli ascendenti vi son nominatamente compresi: questo è il possesso di beni deferito alla famiglia naturale del padrone, cominciando dalla linea retta discendente ed ascendente. Finalmente, come vedremo or ora, 4. *unde cognati manumissoris* pei cognati del padrone o della padrona, cioè spezialmente per la loro famiglia naturale collaterale; il che non impedisce che il padrone o i suoi discendenti eredi suoi non sien compresi in tutti questi possesso di beni, e che dopo aver lasciato passare quello *unde legitimi* non possan venire prima per quello *tum quem ex familia*, perciocchè essi son della famiglia civile; di poi per quello *unde liberi patroni*... etc., giacchè sono della linea retta; od infine per quello *unde cognati manumissoris*, poichè essi son della cognazione; e similmente non impedisce che gli agnati in difetto del loro possesso di beni *tum quem ex familia*, e gli ascendenti, o discendenti in difetto di quello unde *liberi patroni*... etc. non possan venire ugualmente per l'ultimo *unde cognati manumissoris*, nel quale son compresi tutti. Questa spiegazione adunque è naturalissima, ed in tutto conforme all'indole generale de'possessi di beni. Gli autori tedeschi ne hanno nuovamente immaginata un'altra. Essi suppongono che il possesso di beni *unde liberi patroni* etc, sia relativo al padrone del padrone del liberto defunto. Così il padrone immediato di questo tale liberto avente un padrone, e questo padrone del padrone, o i suoi discendenti ed ascendenti sarebbero chiamati in difetto del padrone immediato e della sua famiglia (1). Questa spiegazione è ingegnosa; ma non è in armonia nè con la gradazione de'diritti di padronato, che si troverebbe turbata e contradittoria, nè con l'indole dei possessi, quale l'abbiam mostrata, nè con la spiegazione di Teofilo, il quale in cotal materia deve aver più credito che le moderne immaginazioni; nè da ultimo co' testi delle Istituzioni e di Ulpiano, i quali non parlan mai di altri che del padrone e della padrona, mentre sarebbe stato tanto facile e breve il dire, il padrone del padrone (2).

Unde vir et uxor. Questo è relativo alla successione così degl'ingenui, come de'libertini, e supplisce una lacuna del diritto civile, il quale avea lasciato i conjugi senza reciproci diritti di successione, quando non vi era stata *in manum conventio*; del resto si applicava solamente nel caso di giuste nozze, e quando il matrimonio durava ancora al momento della morte (3).

Unde cognati manumissoris esclusivamente proprio alla successione de'libertini. Nondimeno, secondo Ulpiano, pare che questo diritto non era illimitato per tutti i cognati del padrone, ma si arrestava ad un certo limite fissato per la legge Furia (4).

In difetto di ogni persona che poteva aver diritto al possesso di beni, questi eran deferiti al popolo per la legge Julia *caducaria*. «*Et sinnomo sit*, dice Ulpiano *ed quem bonorum possessio pertinere possit, aut si quidem, sed jus suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Julia caducaria* (5)».

IV. *Sed eas quidem praetoria introduxit jurisdictio: a nobis tamen nihil incuriosum praetermissum est; sed nos nostris constitutionibus omnia corrigentes*, CONTRA TABULAS *quidem, et* SECUNDUM TABULAS *bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas, nec non ab intestato* UNDE LIBERI, ET UNDE LEGITIMI *bonorum possessiones. Quae autem in praetoris edicto quinto loco posita fuerat, id est* UNDE DECEM PERSONAE, *eam pio proposito, et compendioso sermone supervacuam ostendimus. Cum enim praefata bonorum possessio decem personas praeponebat extraneo manumissori, nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus, eisdemque manumissoribus contracta fiducia manumissionem facere dedit, ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, et supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata praefata igitur quinta bonorum possessione, in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus et quintam fecimus, quam praetor proximus cognatis pollicetur.*

4. E questi cosiffatti possessi furono invenzione del pretore: ma noi correggendo ogni cosa per le nostre costituzioni, ammettemmo i possessi di beni CONTRO LE TAVOLE, e SECONDO LE TAVOLE, come necessariamente ordinati, ed ammettemmo eziandio i possessi di beni *ab intestato* UNDE LIBERI, ed UNDE LEGITIMI. Ma quel che fu posto in quarto luogo nell'editto del pretore, cioè UNDE DECEM PERSONAE abbiam dimostrato con pio proposito, e

(1) Memoria del sig. Goeschen sulla *bonorum possessio libertini intestati*. (*Civilitisches Magazin t. 4, p. 267, 359. — Histoire du droit Romain* de M. Hugo *t. 1*, § *CCXXIV. nota 3.*

(2) *Ulp. Reg. 28, 7.*

(3) Ved. il tit. speciale del *Digesto 38, 11.*

(4) « *Septimo cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus quam mille asses capere licet* » *Ulp. Reg. 28, 7.*

(5) *Ulp. Reg. 28, 7.*

succintamente esser cosa superflua. Perciocchè siccome il predetto possesso di beni proponeva le dieci persone al manomettente estraneo, la nostra costituzione fatta intorno all' emancipazione de' discendenti, dette a tutt'i padri, o manomettenti la facoltà di far la manomissione riserbandosi la clausola di fiducia, per maniera che l' emancipazione porti con se medesima questo privilegio, ed il sopradetto possesso di beni sia superfluo. Levato adunque il detto quinto possesso di beni mettemmo nel suo grado quello che per innanzi era il sesto, e facemmo quinto quello che il pretore promette a' prossimi cognati.

V. *Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio* TUM QUEM EX FAMILIA, OCTAVA UNDE LIBERI PATRONI, PATRONAEQUE, ET PARENTES EORUM, *utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus vacuavimus. Cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum, libertinorum successiones posuimus, quas usque ad quintum tantummodo gradum coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos, et libertinos differentia, sufficit eis tam* CONTRA TABULAS *bonorum possessio, quam* UNDE LEGITIMI, *et* UNDE COGNATI, *ex quibus possunt suajura vindicare: omni scrupolositate et inextricabili errore istarum duarum bonorum possessinum resoluto.*

5. Ed essendo per innanzi nel settimo luogo il possesso di beni TUM QUEM EX FAMILIA, e nell'ottavo UNDE LIBERI PATRONI, PATRONAEQUE PARENTES EORUM, levammo via in tutto e l' uno, e l'altro possesso per la nostra costituzione, che facemmo intorno alla ragione del padronato. Dal perchè avendo ridotto le successioni dei liberti alla somiglianza di quelle degl'ingenui, restringendoli nondimeno fino al quinto grado, acciocchè vi fosse qualche differenza tra i libertini, e gl'ingenui, per reclamare i loro diritti di padronato, è bastante che abbiano i possessi di beni CONTRA TABULAS, UNDE LEGITIMI, ed UNDE COGNATI, tolta via ogni scrupolosità, ed inestricabile errore di questi due possessi di beni.

VI. *Aliam vero bonorum possessionem quam* UNDE VIR ET UXOR *appellatur, et nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus, et altiore loco id est sexto eam posuimus: decima veteri bonorum possessione, quae erat* UNDE COGNATI MANUMISSORIS *propter causas enarratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariae permaneant suo vigore pollentes.*

6. Quanto al possesso di beni UNDE VIR ET UXOR, che era stato messo nel nono luogo tra i vecchi possessi di beni, è stato da noi conservato nel suo vigore, e lo abbiam posto in più alto luogo, cioè nel sesto, avendo eziandio, per le ragioni esposte, meritamente tolto via l'antico decimo possesso di beni UNDE COGNATI MANUMISSORIS, di maniera che restino ora in vigore solamente sei possessi ordinari di beni.

Per effetto delle mutazioni fatte da Giustiniano, e le cui ragioni sono sufficientemente spiegate ne'tre paragrafi precedenti, trovansi aboliti i quattro possessi di beni *ab intestato* che erano esclusivamente proprî alla successione de' libertini, e non rimangono più che i quattro possessi di beni degl' ingenui: UNDE LIBERI; UNDE LEGITIMI; UNDE COGNATI; UNDE VIR ET UXOR, i quali servono tanto per la successione *ab intestato* degl'ingenui, quanto per quella de' libertini, essendochè quest'ultima fu quasi in tutto ridotta alla somiglianza dell'altra, come quì sopra abbiamo osservato pag. 47 il possesso di beni *unde liberi* per gli eredi suoi del libertino, e per le persone chiamate nel numero degli eredi suoi; *unde legitimi* pel padrone, e pe'suoi discendenti; *unde cognati* per gli ascendenti, e cognati del padrone fino al quinto grado solamente; ed in fine *unde vir, et uxor.*

VII. *Septima eas secuta, quam optima ratione praetores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio,* quibus ut detur lege, vel senatus-consulto, *vel constitutione comprehensum est. Quam neque bonorum possessionibus, quae ab intestato veniunt, neque iis quae ex testamento sunt praetor stabili jure connumeravit; sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exegit accomodavit, scilicet iis qui ex legibus, senatus-consultis, constitutionibusve principum ex novo jure, vel ex testamento vel ab intestato veniunt.*

7. Segue ai sopradetti possessi il settimo che fu giustamente, e con accorgimento dal pretore introdotto. In fatti nell' ultima parte dell' editto si promette il possesso di beni a coloro, *ai quali una legge, o un senato-consulto*, o una costituzione imperiale avesse testualmente comandato di darsi. Il qual possesso di beni, non è stabilmente annoverato dal pretore tra i possessi, che vengono *ab intestato*, o che si danno per testamento, ma egli lo accomoda quasi ultimo, e straordinario soccorso, secondo che la cosa richiede, per coloro che vengono per vigore di leggi, di senato-consulti, o secondo il nuovo dritto per le costituzione de' principi, tanto per testamento, quanto *ab intestato.*

Quibus ut detur lege vel senatus-consulto, vel constitutione comprehensum est. Questa era, secondo che sapppiamo da Teofilo, la denominazione dell' ultimo possesso di beni, e che secondo il medesimo autore appellavasi aziandio *tum quibus ex legibus* ». Dipoi quelli, ai quali le leggi (*probabilmente*) comandano che si dia il possesso de'beni; ovvero semplicemente, secondo l'intestazione del titolo speciale consacrato nel Digesto a questa tale materia; *ut ex legibus senatusve consultis bonorum possessio* (1). Ulpiano ci

(1) *Dig. 58, 14.*

ha conservate le parole dell'editto relativo a questo possesso di beni: « *Uti me quaque lege, senatus-consulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo*». Si dee avvertire che quì si tratta di una legge, o d'altro atto legislativo che comandi espressamente di dare il possesso di beni. Questo risulta positivamente dalle parole dell'editto, del pari che dalla spiegazione che ne danno Paolo ed Ulpiano; e questo è appunto ciò che distingue il possesso di beni *ut ex legibus senatusve-consultis* da quello *unde legitimi*. Il primo è applicabile solamente quando la legge espressamente comanda di dare il possesso di beni (*cum vero etiam bonorum possessionem dari jubet*); il secondo quando la legge deferisce solo l'eredità, senza far menzione del possesso de'beni (*defert hereditatem, non etiam bonorum possessionem*). Ma se la legge dà nel medesimo tempo e l'eredità ed il possesso di beni, si ha diritto indifferentemente o al possesso di beni *ut ex legibus senatusveconsultis*, o a quello *unde legitimi* (1).

Il pretore quì non avrà ad esaminare, se questo possesso di beni sia testamentario o *ab intestato*, e qual grado dovrà occupare: egli promette soltanto per quanto si appartiene a lui, di obbedire ad ogni legge, la quale comanderà che si dia il possesso di beni. Questo possesso di beni sarà un diritto straordinario, *extraordinarium auxilium*, come dice il testo, al quale niun altro possesso dell'editto può fare ostacolo contrariamente alla legge, che lo comanda (2).

VIII. *Cum igitur* plures species successionum *praetor introduxisset*, easque per ordinem disposuisset et in unaquaque specie successionis saepe plures extent dispari gradu personae, *ne actiones creditorum differrentur, sed haberent quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit. Liberis itaque, et parentibus tum naturalibus, quam adoptivis in petenda bonorum possessione annuum spatium, ceteris centum dierum dedit.*

8. Avendo adunque il pretore introdotto *più sorte di successioni, e dispostele per ordine, ed accadendo che in qualunque specie di successione sieno spesso più persone non pari di grado*, acciocchè le azioni de'creditori non andassero a lungo, ma avessero persone da poter convenire, ed acciocchè non così facilmente daltronde fossero messi al possesso de'beni del defunto, ed in quella maniera provvedessero a'casi loro, il pretore determinò che si dovesse chiedere il possesso de'beni entro un certo tempo. Laonde egli dette a'discendenti, ed agli ascendenti tanto naturali, quanto adottivi lo spazio di un'anno, ed a tutti gli altri cento giorni.

IX. *Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis adcrescit; vel si nemo sit, deinceps ceteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is qui praecedebat ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni praefinitum excesserit expectatur; sed statim caeteri ex eodem edicto admittuntur.*

9. E se fra questo tempo alcuno non domanderà il possesso de'beni, s'accresce il possesso a quelle persone che sono del medesimo grado; ma se non ve ne sarà alcuno, esso passa a coloro che son nel seguente grado non altrimenti che se colui che precedeva non fosse mai stato in quel numero. Se poi alcuno ripudierà il possesso de'beni offertogli, non si aspetta che passi il tempo ordinato a potersi chiedere il possesso, ma subito i seguenti si ammettono a chiederlo per vigore del medesimo editto.

Il possesso de'beni non era dato di pieno diritto, ma era mestieri domandarlo; e potevasi eziandio ripudiare.

Si domandava al magistrato del popolo (*magistratus populi romani*), cioè al pretore, e nelle provincie al governatore. A questo si riferiva quel che dicevasi domandare, riconoscere, ammettere, ricevere il possesso de'beni (*bonorum possessionem agnoscere, petere, admittere, accipere*) secondo le frasi adoperate dai giureconsulti romani e dalle leggi del Digesto (3).

Per non lasciare indefinitamente in sospeso i creditori, i legatarî, e tutte le altre persone interessate, l'editto avea stabilito un termine, quale lo indica il testo, entro cui era necessario domandare il possesso de'beni.

Se colui che avea diritto a tal possesso lasciava scorrere il termine senza domandarlo, o se moriva innanzi che il termine fosse spirato, o da ultimo se lo ripudiava, il possesso era perduto per lui (4).

Ma vi era in questo caso, secondo le circostanze, diritto d'accrescimento, o di devoluzione successiva da prima da un grado in un altro, e di poi da un possesso di beni in un altro.

In fatti ogni possesso formava un ordi-

(1) *D. 38, 1. § 2, f. Ulp. — 38; 7, 3. f. Paul.*
(2) *D. 38, 14, 1, § 1.*
(3) *D. 38, 15, — 38, 9.*
(4) *D. 37, 1, 4, f. Gai.*

ne successivo (*plures species successionum. . . easque per ordinem disposuisset*, dice il testo § 8) ed in ciascuno di questi tali possessi i parenti, che v'eran compresi, occupavano diversi gradi (*et in unaquaque specie successionis saepe plures extent dispari gradu personae*). Se più persone del grado medesimo erano chiamate insieme, ed una di esse ripudiava il suo possesso di beni, o ne decadeva, la sua parte si accresceva alle altre; in questo caso avea luogo l'accrescimento (1). Se la persona che ripudiava, o che si lasciava decadere dal suo diritto, era sola nel suo grado, ovvero se tutto il grado era decaduto, allora il possesso de'beni passava al grado seguente, e questo si faceva per sette gradi (*sequens gradus admittitur perinde ac si superiores non essent: idque per septem gradus fit*) (2); in questo caso vi era devoluzione da un grado in un altro. Finalmente in difetto di gradi susseguenti, o quando tutti i gradi erano esauriti, si passava al possesso di beni che veniva appresso: ed allora vi era devoluzione da un possesso di beni in un altro.

X. *In petenda autem bonorum possessione* dies utiles singuli considerantur. *Sed bene anteriores principes et huic causae providerunt, ne quis* pro petenda *bonorum* possessione curet; *sed quocumque modo* si admittentis eam indicium intra statuta tamen tempora *ostenderit, plenum habeat earum beneficium.*

10. Nel chiedere il possesso di beni *si hanno in considerazione solamente i giorni utili.* Ma i principi che ci han preceduto ottimamente provvidero che *non sia necessario di domandarlo formalmente*; e che manifestando in qualunque modo *infra il tempo ordinato* l'intenzione di essere ammesso, se ne abbia egualmente tutto il beneficio.

Dies utiles singuli considerantur. Si computano soltanto i giorni utili, cioè quelli in cui era permesso di presentarsi innanzi al magistrato per domandare il possesso di beni.

Pro petenda bonorum possessione curet. Noi abbiam veduto che altra volta era necessario presentarsi realmente innanzi al magistrato del popolo romano e fargli la formale domanda del possesso di beni. Era mestieri, dice Teofilo, che si fosse detto spezialmente: « Datemi il tal possesso di beni » (*da mihi hanc bonorum possessionem*). Ma noi troviamo nel Codice di Giustiniano due costituzioni dell'imperadore Costanzo: l'una che permette di presentarsi per avere il possesso di beni, non solamente innanzi a'magistrati del popol romano, ma anche innanzi a qualsivoglia giudice, ed anche a'decemviri, e di manifestar loro con qualsivoglia frase la propria intenzione, essendo tolta via ogni solennità di parole (3); l'altra che scusa eziandio coloro, i quali per rozzezza, ignoranza, o assenza non si fossero presentati innanzi ad alcun magistrato (4). Sotto Giustiniano questo diviene regola generale: il possesso di beni non si domanda più ad alcun magistrato, basta che nel termine statuito si manifesti in qualunque maniera l'accettazione che se ne fa (*admittentis eam intra statuta tamen tempora*). In fatti la distinzione tra l'eredità, ed il possesso di beni è andata via, le due istituzioni si son confuse in uno, e le parole solamente ne sono rimaste.

È da fare un'ultima distinzione importantissima ne' possessi di beni, quantunque le Istituzioni non ne facciamo punto menzione. « Il possesso di beni, dice Ulpiano, è dato o *cum re* (coi beni) o *sine re* (senza i beni): *cum re*, quando colui che lo riceve ritiene effettivamente i beni; *sine re*, quando un altro può, pel diritto civile, ritogliergli l'eredità (5). Infatti nella medesima successione può il diritto di eredità trovarsi in una persona, ed il diritto del possesso di beni in un'altra: quale delle due è quella che riceverà effettualmente i beni, la facoltà del defunto? Non è da credere che questa persona sia sempre il possessore di beni. Gaio arreca in mezzo parecchi esempî, ne'quali questi altro non ha che un diritto nominale ed illusorio, mentre il diritto effettivo ed utile rimane all'erede civile. «Se per esempio, egli dice, l'erede validamente istituito per testamento ha accettato l'eredità, ma non ha voluto dimandare il possesso de' beni, contentandosi del suo titolo civile di erede, il possesso de'beni passa a coloro che son chiamati *ab intestato*, ma questo si dà loro *sine re*, perchè l'erede testamentario potrebbe ritoglier la loro eredità. Similmente in una successione *ab intestato*, se l'erede suo contentandosi del suo diritto legittimo di eredità non ha voluto chiedere il possesso di beni, esso passa al prossimo agnato, ma *sine re*, perchè il figliuolo erede suo avrebbe il diritto di cacciarlo dall'eredità; lo stesso finalmente è a dire

(1) *Dig. 37, 5, § 9, f. Ulp.*
(2) *Ulp. Reg. 28, 11.*
(3) *Cod. 6, 9, 9.* (4) *Ivi 8.*
(5) *Ulp. Reg. 28, 13.*

dell'agnato che fosse erede pel diritto civile, ed avesse fatta l'adizione senza chieder però il possesso de'beni; questo possesso sempre per la medesima ragione passerebbe ai più prossimi, ma *sine re*(1)». Si può notare che in tutti questi casi si tratta di cittadini, in persona de' quali si riunivano da prima in un tempo medesimo ed il diritto civile d'eredità, ed il diritto pretorio del possesso de' beni, ma che hanno rinunciato a quest' ultimo, o l'hanno perduto per non averlo domandato nel termine prescritto. Siccome il diritto d'eredità, che questi tali aveano formalmente accettato, e che d'altronde non si perde in un termine così breve, è rimasto sempre nella loro persona, questo diritto è loro sufficiente per cacciar qualunque detentore dell'eredità, ed in conseguenza il pretore ai susseguenti possessori non ha dato altro che un possesso di beni *sine re*. Questo, aggiugne Gaio, avea luogo eziandio in molti altri casi somiglianti.

Infine, a dar compimento a questa materia, dobbiamo aggiugnere qualche parola intorno ad alcuni possessi di beni al tutto eccezionali. Da prima quello VENTRIS NOMINE, dato nell'interesse del figliuolo, che è ancora nel seno della madre al tempo che si apre la successione, e che nascendo avrà il diritto di far cadere per via del possesso di beni *contra tabulas* l'istituzione fatta in suo danno. In tale stato questo figliuolo, il quale non esiste ancora, non può domandare nè l'eredità, nè il possesso di beni *contra tabulas*; ma intanto il pretore per la conservazione de'suoi diritti eventuali dà il possesso di beni *ventris nomine*; egli mette il ventre in possesso (*ventrem in possessionem mittere*), ma questo è provvisorio in fino a che non si effettui la nascita, o non se ne perda in tutto la speranza (2).

Il secondo caso è quello del possesso di beni dell'editto Carboniano (*bonorum possessio* EX CARBONIANO). Questo editto introdotto dal pretore Gn. Carbone è così conceputo: « *Si cui controversia fiat an inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et judicium in tempus pubertatis differtur* (3)». Così quando si eleva contro un impubere una contestazione che attacca ad un tempo il suo stato ed il suo diritto di eredità (*si status et hereditatis simul controversia sit*), per non compromettere i suoi diritti più importanti con un giudizio renduto, mentre egli è impubere, il pretore differisce il giudizio fin dopo la pubertà di lui, ed intanto, perchè egli non sia privato dal godimento dell'eredità, gli dà il possesso di beni EX CARBONIANO non solamente *contra tabulas*, ma eziandio *secundum tabulas*, o *ab intestato*, secondo il caso. Del rimanente questo possesso è provvisorio; esso, secondo le stesse parole dell' editto, si dà con cognizione di causa (*causa cognita*), cioè il pretore esamina sommariamente se vi ha dubbio bastante in favore dell'impubere, per dargli il possesso (4).

Vi sono eziandio alcune materie comuni tanto alle successieni testamentarie, quando a quelle *ab intestato*, delle quali noi dobbiamo non ostante il silenzio, o il laconismo delle Istituzioni intorno ad esse, dare almeno un breve cenno.

Della collazione de'beni (5).

Il pretore chiamando i figliuoli emancipati tra gli eredi suoi sia pel possesso di beni *contra tabulas*, sia per quello *unde liberi*, li obbligò a conferire ai veri eredi suoi tutti i loro beni per riunirsi alla massa ereditaria, pel motivo che, se questi figliuoli fossero rimasti sotto la potestà paterna, non avrebbero acquistato nulla per se medesimi, ma tutti i loro acquisti sarebbero rimasti nel dominio del capo, come quelli de'loro fratelli eredi suoi. Questo fu detto *collatio bonorum*, conferimento de'beni.

Non andò guari e l'interpretazione dei prudenti fe ammettere che la figliuola, anche erede sua fosse obbligata, quando domandava il possesso de'beni, di conferire la sua dote, e l'imperadore Antonino Pio la obbligò a questa collazione anche nel caso che standosi contenta al suo titolo civile di erede non domandasse il possesso de' beni (6).

Si comprende che fin quì lo scopo della collazione era di far rientrare nel patrimonio della famiglia a vantaggio dei discendenti, che non n'erano usciti e che nulla aveano tolto, quei beni che l'emancipazione o la costituzione di dote ne avea fatto uscire.

Più tardi l'imperadore Leone estese l'obbligo della collazione tanto alla dote, quan-

(1) *Gai. 3*, §§. *35, a 38.*
(2) *D. 37, 9.*
(3) *D. 37, 10, 1, pr. f. Ulp.*
(4) Ved. il tit. particolare del *Dig. 37, 10.*
(5) Ved. i tit. particolari del *Dig. 37, 6.*
(6) Ved. i tit particolari del *Cod. 6, 20.*

to alla donazione *propter nuptias*, o che la figliuola fosse emancipata, o rimasta in potestà, ed in fine tanto se si fosse trattato della successione del capo di famiglia, quanto di quella della madre, o di qualsivoglia altro ascendente paterno, o materno.

Finalmente Giustiniano volle che tutt'i discendenti senza distinzione, succedendo *ab intestato* ai beni de' loro ascendenti, fosser tenuti di conferire reciprocamente tutte le cose, che secondo le regole da noi esposte (V. I. p. 396) sono imputabili sulla quarta, nella querela d'inofficiosità.

Tale fu l'origine di ciò che addomandasi collazione, le cui regole più ampiamente si svolsero dipoi, ma, non è questo il luogo di trattarne più largamente. Si vede che la necessità della collazione era imposta unicamente a' discendenti che succedevano a' loro ascendenti; ma non vi erano soggetti nè gli ascendenti, nè i collaterali. Solo i discendenti eredi potevano domandar la collazione reciprocamente gli uni agli altri, ma non mai gli eredi estranei. L'obbligazione cessava per que' discendenti che s'astenevano dall'eredità o la ripudiavano, per le cose che eran perite senza loro colpa prima della morte del defunto, e da ultimo se il testatore formalmente, o tacitamente li avesse dispensati dalla collazione (1).

Del diritto di accrescere tra coeredi.

Se uno de' coeredi viene a mancare, la parte ch'egli avrebbe avuta, ricade a' suoi coeredi, e questo si dice diritto di accrescere: noi abbiamo di già esaminato un somigliante diritto riguardo ai legatarî, (V. I. p. 426) ed abbiamo annunziato quello tra gli eredi (qui sopra p. 39).

Esso ha luogo non solamente per gli eredi testamentarî, ma eziandio per gli eredi *ab intestato*, e pei possessori di beni.

Qualunque sia la cagione per la quale la parte dell'erede mancante si è renduta vacante: sia difetto di adizione, sia rifiuto, morte, o incapacità, sia forclusione per decorrimento del termine statuito per domandare il possesso de' beni; ma non mai l'indegnità, dappoichè noi vedremo fra breve che questo caso è soggetto a regole particolari. Tra eredi testamentarii l'accrescimento non ha sempre luogo indistintamente per tutti. Se alcuni sono istituiti congiuntamente, per esempio: Tizio e Gaio sieno eredi per sei once, e Valerio per le altre sei once; venendo a mancar Tizio, l'accrescimento ha luogo primamente a vantaggio di Gaio, e solo nel caso che anche questi venisse a mancare, il tutto si accrescerebbe a Valerio.

L'accrescimento ha luogo necessariamente e di pieno diritto all' insaputa dei coeredi, ed anche contro loro volontà, ancorchè di già fossero morti prima dell'avvenimento che dà luogo all' accrescimento, siccome di già abbiam detto qui sopra (p. 39); poichè, secondo quivi abbiamo osservato, la parte vacante si accresce alla parte coereditaria, o per meglio dire alla persona giuridica del coerede, e non già alla sua persona fisica. Questo è ciò che distingue principalmente l'effetto dell' accrescimento da quello della sostituzione volgare, come si è innanzi spiegato (V. I. p. 378). E questa sostituzione secondo quello che nel medesimo luogo abbiam detto è un mezzo d'impedire che l'accrescimento non abbia luogo (2).

Della trasmissione delle eredità.

Per regola generale l'erede che muore prima di aver fatto adizione, o il possessore di beni, prima di aver chiesto il possesso, perdono per la morte tutti i loro diritti alla successione, e non trasmettono nulla a' loro eredi (3).

Non pertanto le costituzioni imperiali portarono alcune eccezioni a questa regola, ed introdussero alcuni casi particolari, ne' quali il defunto, tuttochè muoia prima di aver fatto adizione, o ricevuto il possesso di beni, trasmette a' suoi eredi i diritti che avea sulla successione, di maniera che costoro possono accettare, o ripudiare in suo luogo. Questo oggidì si addomanda *trasmissione* dell' eredità.

Così per una costituzione di Teodosio, e di Valentiniano, se qualche discendente istituito erede da un suo ascendente o da una sua ascendente si muoia innanzi che le tavole del testamento siano aperte, o che conosca o nò l'istituzione fatta in suo favore, trasmette il diritto di eredità che pel testamento gli spettava, a' suoi discendenti e successori di qualunque grado o sesso essi siano (4).

Per una costituzione de' medesimi prin-

(1) V. nel Dig. e nel Cod. i titoli qui sopra citati.
(2) Ved. su questa materia il tit. particolare del *Cod. lib. 6, tit. 60.*
(3) *D. 37. 1, 4, f. Gai.*
(4) *C. 6, 52, lib. un.*

cipi quando un fanciullo (vale a dire, aggiugne questa costituzione, un minore di sette anni), al quale un' eredità qualunque trovasi deferita, muore in questa età d'infanzia, prima che suo padre abbia per lui accettato l'eredità, il padre che gli sopravvive può raccoglierla, ancora, come se, vivendo il figliuolo, fosse già stata acquistata, e questo ha luogo o che il figliuolo sia in potestà, o nò (1).

Finalmente noi abbiam veduto (V. I. p. 403) che per una costituzione di Giustiniano, se una persona chiamata ad una successione, e che avea notizia de' suoi diritti moriva nel termine dato per deliberare, o innanzi che questo termine gli fosse prescritto, purchè in tutti i casi si trovasse ancora nell' anno dall' apertura de' suoi diritti, ella trasmetteva al suo erede il tempo che rimaneva del termine dell'anno, con la facoltà di dichiararsi in suo luogo per l'accettazione, o per la rinunzia di questa tale eredità (2). Per siffatta costituzione il diritto di trasmissione dell'eredità si è renduto ben generale.

Di coloro ai quali come ad indegni son tolti i beni.

In alcuni casi i legati, i fedecommessi o le eredità sì testamentarie, e sì *ab intestato* eran tolti a coloro che vi eran chiamati per la ragione che erano indegni di raccoglierli.

Per regola generale le eredità, ed i legati tolti per cagione d' indegnità non ricadevano alle persone chiamate a raccoglierli in mancanza dell'indegno, ma erano devoluti al fisco coi pesi che vi erano annessi. L'erede indegno, quantunque, spogliato de' beni, era siffattamente riguardato come erede, che, se una confusione di azioni tra lui e l'eredità si fosse operata, questa confusione conservava tutti i suoi effetti.

Le cagioni d'indegnità, per le quali le eredità ed i legati si trovavano confiscati erano in gran numero; le principali sono: se l' erede o il legatario ha dato, o fatto dar la morte al defunto, anche per semplice imprudenza; se scientemente ha trascurato di far vendicare l'uccisione del defunto (*necem inultam omisisse*) (3); se ha mosso contro di lui una quistione di stato, se lo ha accusato di qualche delitto, o prestata testimonianza all'accusatore di lui; se vivendo lui, e senza ch'egli il sapesse ha disposto per convenzione della eredità di lui; se gli ha impedito di fare, o di mutare le sue disposizioni testamentarie, e molte altre ancora.

Non pertanto in alcuni casi, e per certe particolari cagioni i beni tolti agl'indegni non erano confiscati, ma passavano al grado seguente (4). E pare eziandio su questo soggetto che la legge *Papia Poppaea* avesse esteso le sue disposizioni ai beni tolti per causa d' indegnità, e li avesse attribuiti per privilegio di paternità dando per essi il *jus vindicandi*, come per i *caduca*, e probabilmente nel medesimo ordine (V. I. p. 429). In fatti Ulpiano mette nella medesima linea come un modo di acquistare il dominio romano in virtù della legge (*ex lege*) ed il *caducum*, e l'*ereptorium* (5).

Azioni relative alle eredità ab intestato ed ai possessi di beni.

Abbiamo già parlato (V. I. p. 406) delle azioni di petizione di eredità (*hereditatis petitio*), e di divisione (*familiae erciscundae*), le quali eran comuni tanto alle eredità *ab intestato* quanto alle testamentarie.

In quanto ai possessi di beni, questi davano spezialmente diritto all'interdetto, che avea nome *quorum bonorum* a cagione delle prime parole dell' editto, che a quello si riferivano. Questo interdetto era dato contro qualunque persona, che possedeva cose ereditarie a titolo di erede o di possessore, per ottener contro di lei con più prontezza la restituzione del possesso di siffatte cose. Noi già sappiamo che cosa è in generale un interdetto, (*Esposizione General. del dr. rom.* Vol. I. p. 64); ma di questa materia, ed in particolare dell'interdetto *quorum bonorum* più lungamente ne tratteremo nella spiegazione del titolo XV. del libro seguente. I possessi di beni oltre a questo interdetto, che ad essi era proprio, davano anche diritto all' azione di *petizione di eredità* non civile, ma pretoria; perchè dice Ul-

(1) *Cod. Theod. 4, 1.* — *Cod. Giustin. 6, 30, 18, § 1.*

(2) *C. Just. 6, 30, 19.*

(3) L'idea di vendetta entra ancora per una buona parte nel diritto penale di quest' epoca, e nel suo linguaggio.

(4) Ved. su tutta questa materia i tit. particolari del *Dig. 34, 9*; e del Cod. 6, 35. *De his quae ut indignis auferuntur.*

(5) « *Lege nobis adquiritur velut* caducum, *vel* ereptorium *ex lege* PAPIA POPPAEA. » *Ulp Reg. 19. 17.*

piano, *Ordinarium fuit post civiles actiones heredibus propositas rationem habere praetorem etiam eorum, quos ipse veluti heredes facit, hoc est eorum, quibus bonorum possessio data est*». Un titolo particolare del Digesto è consacrato a questa specie di petizione di eredità sotto la rubrica: *De possessoria hereditatis petitione* (1). In fine essi davano anche diritto ad un'azione utile di divisione dell'eredità (*familiae erciscundae*).

Novelle di Giustiniano sulle successioni ab intestato.

Per compiere la storia del diritto romano sulle succcesioni, noi quì daremo il testo delle Novelle pubblicate su questa materia da Giustiniano nel 544, e nel 548. Con queste tali Novelle l'imperadore cancella tutte le vestigia del diritto civile, che rimaneano ancora nella legislazione quale ora l'abbiamo esposta, e che si mescolavano con le modificazioni de' pretori, del senato, e degl'imperadori. Il sistema primitivo della famiglia civile, quale la legge delle XII. Tavole l'avea fatta, sparisce in tutto, e sottentra nel suo luogo il sistema della famiglia naturale tal quale è pei legami del sangue. Dal che venne un nuovo ordine di successione, il che ha servito di base principale a quello che oggidì abbiamo nel nostro diritto francese.

NOVELLA CONSTITUTIO CXVIII.

IMPERATOR JUSTINIANUS AUGUSTUS PETRO GLORIOSISSIMO PRAEFECTO SACRORUM PRAETORIORUM ORIENTIS.

PRAEFATIO

Plurimas et diversas leges veteribus temporibus prolatas invenientes, per quas non juste differentia ab intestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est, necessarium esse perspeximus omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem clara compendiosaque divisione disponere: itaque prioribus legibus pro hac causa positis vacantibus, de caetero ea sola servari, quae nunc constituimus. Quia igitur omnis generis ab intestato successio tribus cognoscitur gradibus; hoc est, ascendentium, et descendentium, et ex latere (quae in agnatos, cognatosque dividitur), primam esse disponimus descendentium successionem.

CAPUT I.

Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cujuslibet naturae, aut gradus sive ex masculorum genere, sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis, sive sub potestate sit: omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen ejus filii, cujuslibet sexus sint, aut gradus etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuerit, qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quae secundum nostras alias leges patribus non adquiruntur. Nam in usu harum rerum qui debet adquiri aut servari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus: sic tamen ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios, aut alios descendentes, in proprii parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti, sive suae potestatis inveniantur; tantam de hereditate morientis accipientes partem; quanticumque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset: quam successionem in stirpes vocavit antiquitas. In hoc enim ordine gradum quaeri nolumus, sed cum filiis et filiabus ex praemortuo filio, aut filia nepotes vocari sancimus, nulla introducenda differentia, sive masculi, sive feminae sint, et seu masculorum, seu feminarum prole descendant, sive suae potestatis sive sub potestate sint constituti. Et haec quidem de successionibus descendentium disposuimus. Consequens autem esse perspeximus et de ascendentibus constituere, quomodo ad descendentium successionem vocentur.

CAPUT II.

Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos praeponi sancimus: exceptis solis fratribus ex utroque parente coniunctis defuncto, sicut per subsequentia declarabitur. Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi jubemus qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive paterni, sive materni sint. Si autem eumdem habeant gradum ex aequo inter eos hereditas dividatur: ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticumque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes quantoscumque eos inveniri contigerit. Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur; si autem pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum, numerum, uti et ascendentium, et fratrum singuli aequalem habeant portionem: nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis jus, et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem: differentia nulla servanda inter personas istas, sive feminae, sive masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur; et sive per masculi, sive per feminae personam copulantur, et sive suae potestatis, sive sub potestate fuerit is cui succedunt. Reliquum est ut tertium ordinem decernamus, qui vocatur ex latere, et in agnatos, et cognatos dividitur; ut etiam hac parte disposita, undique perfecta lex inveniatur.

(1) *Dig.* 5, 5.

CAPUT III.

Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres et sorores ex eodem patre, et ex eadem matre natos, quos etiam cum patribus ad hereditatem vocavimus. His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem. Si autem defuncto fratres fuerint, et alterius fratris aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis, et quanticumque fuerint, ex hereditate tantam percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere si superstes esset. Unde consequens est, ut si forte praemortuus frater, cujus filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctae personae jungebatur superstites autem fratres per patrem solum forsan, aut matrem ei jungebantur, praeponantur istius filii propriis thiis, licet in tertio sint gradu (sive a patre, sive a matre sint thii, et sive masculi sive feminae), sicut eorum parens praeponeretur, si viveret. Et ex diverso si quidem superstes frater ex utroque parente conjungitur defuncto, praemortuus autem per unum parentem jungebatur, hujus filios ab hereditate excludimus, sicut ipse, si viveret, ab hereditate excludebatur. Hujusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et feminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum jura succedant. Nulli enim alii omnino personae ex hoc ordine venienti hoc jus largimur. Sed et ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis vocantur thiis masculis et feminis, sive paterni, sive materni sint. Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes (sicut jam diximus) ad hereditatem vocantur, nullo modo ad successionem ab intestato fratris aut sororis filios vocari permittimus, neque si ex utroque parente eorem pater aut mater defuncto jungebatur. Quandoquidem igitur fratris et sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in propriorum parentum succedentes locum soli in tertio constituti gradu cum iis qui in secundo gradu sunt ad hereditatem vocentur, illud palam est quia thiis defuncti masculis, et feminis sive a patre, sive a matre, praeponuntur, si etiam illi tertium cognationis simimiliter obtineant gradum,

1. Si vero neque fratres neque filios fratrum (sicut diximus) defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus, secundum uniuscujusque gradus proerogativam, ut viciniores gradu ipsi reliquis praeponantur. Si autem plurimi ejusdem gradus inveniantur, secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur: quod in capita nostrae leges appellant.

CAPUT IV.

Nullam vero volumus esse differentiam in quacumque successione aut hereditate, inter eos qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi, sive per feminae personam defuncto jungebantur: sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vocare praecipimus, sive per femineam personam, sive per emancipationem, sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur: et omnes sine qualibet hujusmodi differentia, secundum proprium cognationis gradum, ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus.

CAPUT V.

Ex his autem, quae de hereditate diximus et disposuimus, et quae de tutela sunt, manifesta consistunt. Sancimus enim unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solum, aut cum aliis etiam functionem tutelae suscipere: nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum jure; sed omnibus similiter ad tutelam vocandis, quique ex masculorum, quique feminarum prole descendant minori conjuncti. Haec autem dicimus si masculi et prefectae aetatis sint, et nulla lege prohibeantur tutelam suscipere, neque excusatione competente sibimet utantur. Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit. His enim solis, secundum hereditatis ordinem, et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis, et auxilio Velleiani senatus-consulti renuntiant. Haec enim servantes omnibus a latere cognatis quoad tutelam praeponuntur, testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas: defuncti namque voluntatem et electionem praeponi volumus. Si autem plurimi eumdem cognationis gradum habentes, ad tutelam vocantur, jubemus communiter convenientibus apud judicem, cui hujus partis sollicitudo est, unum aut plures, quanti ad gubernationem substantiae sufficiant, ex ipsis eligi, et denuntiari, et eum vel eos minoris res gubernare: tutelae periculo omnibus imminente, qui ad tutelam vocantur, et substantiis eorum minori aetate tacite subjacentibus pro hujusmodi gubernatione.

CAPUT VI.

Haec autem omnia quae de successionibus generis sancivimus, abtinere in illis volumus qui catholicae fidei sunt: in hereticis enim jam a nobis positus leges firmas esse praecipimus, nullam novitatem aut immutationem ex praesenti introducentes lege. Quae igitur per hanc constitutionem in perpetuum observandam sancivit nostra tranquillitas, in illis volumus, obtinere casibus, qui a principiis Julii mensis praesentis sextae indictionis seu evenerunt, seu posthac emerserint. Praecedentes namque casus, qui usque ad memoratum tempus pertransierunt, secundum veteres leges decidi praecipimus.

EPILOGUS.

Tua igitur gloria per praesentem legem a nobis disposita ad omnium cognitionem venire procuret: in hac quidem regia civitate, edictis consuete propositis; in provinciis autem, praeceptis dirigendis ad clarissimos praesides earum, ut nulli nostri imperii subjectorum sit ignota nostrae circa eos mansuetudinis providentia; ita tamen ut sine omni dispendio civium, aut provincialium, in omni loco praesentis legis fiat insinuatio. Dat. VIII. cal Aug. Septimiliario in novo palatio D. N. Justiniani PP. Aug. imperii ejus anno XVIII. post consulatum Basilii V. C. anno III. (544).

NOVELLA CONSTITUTIO CXXVII.

IDEM AUG. BASSO PRAEFECTO PRAETORIORUM PRAEFATIO.

Nostras leges emendare nos non piget, utique utilitatem subjectis invenire volentes. Meminimus igitur scripsisse legem, per quam jussimus, ut si quis moriatur relinquens fratres, et alterius fratris filios praemortui, ad similitudinem fratrum et premortui fratris filii ad hereditatem vocentur, paternum adingredientes gradum, et illius ferentes portionem. Si vero moriens relinquat ascendentium aliquos, et fratres ex utrisque parentibus conjunctos sibi, et filios ex praemortuo fratre; fratres quidem jussimus per ipsam legem cum parentibus vocari, fratris vero filios exclusimus.

CAPUT I.

Hoc itaque juste corrigentes, sancimus, ut si quis moriens relinquet ascendentium aliquem, et fratres, qui possint cum parentibus vocari, et alterius praemortui fratris filios: cum ascendentibus et fratribus et vocentur etiam praemortui fratris filii, et tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset. Hoc vero sancimus de illis filiis fratris, quorum pater ex utroque parente jungebatur defuncto et absolute dicimus: ordinem, quando cum solis vocantur fratribus eumdem eos habere jubemus, et quando cum fratribus vocantur aliqui ascendentium ad hereditatem: (hoc jubentes ex Cal. Jan. praesentis indictionis undecimae):

. . . . . .

Dat. V. Cal. Sept. Constantinop. D. N. Justin. PP. Aug. anno XXII. post consulatum Basilii V. C. anno VII. (548).

Delle successioni universali diverse dall'eredità.

In questo luogo si tratta di alcune altre maniere di succedere all'universalità dei beni d'una persona altramente che per diritti di eredità, ed anche in parecchi casi, vivendo lei. Queste successioni universali ai beni d'una persona vivente sono del resto, come vedremo fra poco, parte grandemente ristrette, e parte in tutto abrogate dal diritto di Giustiniano.

TITULUS X. DE ADQUISITIONE PER ADROGATIONEM

Est et alterius generis per universitatem successio, quae neque lege XII. Tabularum, neque praetoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

TITOLO X. DELL' ACQUISTO PER L'ARROGAZIONE.

V' ha parimente un' altra sorta di acquisto per universalità, il quale è introdotto non per le XII. Tavole, nè per l' editto del pretore, ma per quel diritto che per comune consentimento degli uomini si è accettato.

I. *Ecce enim cum pater familias* sese in adrogationem dat, *omnes res ejus corporales, et incorporales, quaeque ei debitae sunt, adrogatori antea quidem pleno jure adquirebantur, exceptis iis quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt* operarum obligationes (et jus agnationis). Usus etenim et ususfructus, *licet his antea connumerabantur, attamen capitis deminutione minima eos tolli nostra prohibuit constitutio.*

1 Così quando il padre di famiglia *si dà in arrogazione*, tutte le sue cose corporali, ed incorporali, che gli son dovute, per innanzi, si acquistavano di pieno diritto a pro di colui che arrogava, fuor solamente quelle cose che periscono per diminuzione di capo, come sono *le obbligazioni delle opere (ed il diritto dell'agnazione)*; per l'uso, e l'usufrutto, quantunque per innanzi fosse annoverato tra questi, nondimeno la nostra costituzione ha disposto che non si tolga, nè cessi per la minima diminuzione di capo.

Sese in adrogationem dat. Il caso dell'arrogazione non era il solo nell' antico diritto. Gaio in questo luogo mette nella stessa linea quello della donna che passa *in manu viri* (*cum pater familias se in adoptionem dedit, mulier que in manum conveni*). Nell'un caso e nell'altro vi era a profitto del capo di famiglia, che acquistava il diritto di potestà su queste tali persone, acquisto universale di tutti i loro beni corporali ed incorporali, salvo quelli che il loro mutamento di stato avea fatto perire (1).

Operarum obligationes. Noi abbiamo spiegato (V. I. p. 112) qual'era la natura di siffatte obbligazioni delle opere, che il liberto talvolta contraeva verso il suo *patronus* per mezzo della liberazione. Esse erano dovute esclusivamente al *patronus*, e per conseguente svanivano, se questi passava in potere di altri.

Jus agnationis. Il diritto di agnazione, ed i vantaggi che avrebbe potuto produrre a favore di colui che si dava in arrogazione svanivano per l'arrogazione, essendochè questa importava diminuzione di capo.

Usus etenim, et ususfructus. Questi anche si estinguevano per la piccola diminuzione di capo: e però Gaio li annovera tra le cose che non potevano passare all'arrogatore (2). Noi abbiamo di già veduto (V. I. p. 277) i cambiamenti arrecati da Giustiniano a tal riguardo: l'uso e l' usu-

(1) *Gai. Com.* 3, §§ 82, e 83.

(2) *Ivi.*

frutto non periscono più per la piccola diminuzione di capo, e per conseguenza passano all'arrogatore.

II. *Nunc autem nos eamdem adquisitionem quae per adrogationem fiebat coarctavimus ad similitudinem naturalium parentium. Nihil enim aliud* nisi tantummodo usufructus *tam naturalibus parentibus, quam adoptivis per filios familias adquiritur in iis rebus, quae extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato.* Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium *ejus ad adrogatorem pertransit, nisi supersint aliae personae, quae ex constitutione nostra patrem in iis quae adquiri non possunt antecedunt.*

2. Ora noi abbiamo ristretto l'acquisto che si faceva per via di arrogazione, ne' limiti di quello dei padri naturali; così di quelle cose che di fuori vengono al figliuolo di famiglia non s'acquista altro pei padri tanto naturali, quanto adottivi, *che l'usufrutto,* serbando a' figliuoli intero il dominio. *Ma morto il figliuolo arrogato nella famiglia adottiva, anche il dominio* delle cose passa all'arrogatore, se per avventura non fossero vive altre persone, le quali per nostra costituzione son preposte al padre in quelle cose che non possono da lui essere acquistate.

Nisi tantummodo ususfructu. Quì si dee applicare tutto quel che abbiam detto (V. I. p. 316 e seg.) relativamente agli acquisti, che fa il capo per mezzo de' suoi figliuoli di famiglia, e relativamente ai differenti peculii; poichè questo è applicabile così al padre adottivo, come al naturale. Donde segue che l' arrogato non porta più altro all'arrogante, che l'usufrutto de' beni che ha nel momento dell'arrogazione.

Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium. Allora si tratta della successione del figliuolo arrogato, e bisogna in questo caso applicare relativamente al padre adottivo, quel che abbiam detto quì sopra (p. 21 e seg.) intorno a' diritti del padre capo di famiglia nella successione del figliuolo premorto.

III. *Sed ex diverso, pro eo quod is debuit qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur; sed nomine filii convenientur. Et si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per competentes nostros magistratus, bona quae ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, et legitimo modo ea disponere.*

3. All'incontro, se colui ch'è arrogato è debitore di alcuno, l' arrogatore per stretta ragione non è tenuto a pagare, ma è convenuto a nome del figliuolo; e non volendo difenderlo, è conceduto ai creditori che per autorità de' nostri competenti magistrati posseggano, e dispongano in modo legittimo di quei beni che sarebbero appartenuti in piena proprietà al figliuolo adottivo, se non si fosse dato in arrogazione.

Eravi questa differenza tra i crediti e i debiti dell' arrogato, che l'arrogatore diveniva per l'arrogazione proprietario dei crediti di pieno diritto. e ne poteva esercitar personalmente le azioni, mentre non diveniva obbligato a' debiti, e non poteva esser personalmente convenuto da' creditori. La ragione di siffatta differenza è, che l'acquisto per arrogazione non era un acquisto per vera successione, ma sibbene per diritto di potestà paterna: or i padri potevano acquistare eziandio de' crediti per mezzo de' loro figliuoli sottoposti alla loro potestà, ma non potevano trovarsi obbligati per loro.

Se il padre adottivo non era tenuto personalmente de' debiti dell'arrogato, questi dal suo canto se ne trovava liberato per la piccola diminuzione di capo, che l'arrogazione gli facea patire: giacchè egli diveniva un altra persona. Nondimeno rimanevano per garentia de' creditori i beni ch'egli avea recati al padre adottivo, ed in conseguenza per procurar loro l' esercizio dei proprî diritti sopra questi beni, si concedeva ad essi un'azione contro l'arrogato, o per meglio dire contro l'arrogatore a nome del suo figliuolo adottivo (*nomine filii convenietur*), un' azione utile, e quando egli non avesse curato di difendere l' arrogato contro quest'azione, i creditori erano dal pretore messi in possesso de' beni recati dal figliuolo, e li faceano vendere nelle forme richieste per la vendita de' beni del debitore fatta ad istanza de' creditori (1).

TITULUS XI.

DE EO CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR (2)

Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam, si ii qui libertatem acceperunt a domino in testamento, ex quo non aditur hereditas, velint bona sibi addici, libertatum conservandarum causa, audiuntur.

TITOLO XI.

DI COLUI CUI SON DATI I BENI PER CONSERVAR LA LIBERTÀ

Sopravvenne un nuovo caso di successione per

(1) *Gai. Com. 3, § 84.*

(2) Le parole *aggiudicazione, aggiudicare,* adoperate qui in alcune traduzioni sono inesatte: qui si tratta di *addizione* fatta dal magistrato, e non di aggiudicazione fatta dal giudice.

costituzione del divino Marco Aurelio: se coloro i quali ricevettero la libertà da' padroni nel testamento, per difetto di adizione di eredità domandano, che sieno addetti a loro i beni per ragion di conservare la loro libertà, sono ascoltati.

La specie di successione universale, di cui quì si tratta, tuttocchè si riferisca ad eredità, non ha luogo per diritto ereditario, ma per *addiziane* (*bona sibi addici*). Trovandosi vacante l'eredità, perchè essendo onerosa niuna voglia accettarla, da un lato i creditori si farebbero mettere in possesso de'beni del defunto, e li farebbero vendere: dall'altro tutte le libertà lasciate per testamento cadrebbero per difetto di erede testamentario accettante. In questo stato di cose si applica il rescritto di Marc-Aurelio, del quale il seguente paragrafo ci riporta il testo. Un tal Virginio Valente era morto lasciando per testamento la libertà a molti suoi schiavi; non v'era alcun erede nè testamentario, nè *ab intestato*, ovvero niun erede voleva accettare: allora uno degli schiavi francati per nome Popilio Rufo domandò che i beni fosser dati a lui per *addizione* col peso di pagare i creditori, e di conservare agli altri schiavi francati la libertà lasciata loro in legato. L' imperadore Marc Aurelio gli rispose ne'seguenti termini.

1. *Et ita divi Marci rescripto ad Popilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent: « Si Virginio Valenti qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse coeperunt ut venire debeant; is, cujus de ea re notio est, aditus, rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tum earum quae directo, quam earum quae per speciem fideicommissi relictae sunt tuendarum gratia addicantur tibi*, si idonee creditoribus caveris *de solido quod cuique debetur solvendo. Et ii quidem quibus directa libertas data est perinde liberi erunt ac si hereditas adita esset. Ii autem, quos heres manumittere rogatus est, a te libertatem consequentur; ita autem ut si non alia conditione velis bona tibi addici, quam ut etiam qui directo libertatem acceperunt tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuae, si ii, quorum de statu* agitur consentiant, *auctoritatem nostram accomodamus. Et ne hujus rescriptionis nostrae emolumentum alia ratione irritum fiat: si fiscus bona agnoscere voluerit, et ii qui rebus nostris attendunt, scient commodo pecuniario praeferendam libertatis causam, et ita bona cogenda, ut libertas iis salva sit, qui eam adipisci potuerunt, si hereditas ex testamento adita esset* ».

1. E questo si contiene nel rescritto del divino Marco a Popilio Rufo, le cui parole sono in questa forma: « Se Virginio Valente che ha data nel testamento la libertà ad alcuni suoi schiavi, non ha lasciato alcun successore *ab intestato*, e per questo vi sia pericolo che i beni si vendano da' creditori, presentandoti innanzi al competente magistrato, questi seconderà il tuo desiderio, che ti sieno addetti i beni per conservare le libertà sia direttamente lasciate, sia per fedecommesso, *purchè tu dii idonea sicurtà a' creditori* di pagar loro quel che si dee. Coloro a' quali è data direttamente la libertà son liberi, non altrimenti che l'erede scritto avesse adita l'eredità; ma coloro, che l'erede è stato pregato di liberare riceveranno la libertà da te, a meno che tu non vogli ad altro patto assumerti il carico dell'*addizione* de' beni, che di avere per tuoi liberti eziandio quelli che riceverono direttamente la libertà. Poichè noi assentiamo a questa tua volontà, *purchè consentano quelli, del cui stato si tratta*. E perchè il benefizio del nostro rescritto non torni vano per altra ragione, se il fisco volesse occupar i beni come vacanti, quelli che sopraintendono al nostro demanio sappiano, che la causa della libertà è da preferirsi a qualunque vantaggio pecuniario, e che i beni non debbono altrimenti esser raccolti, che col peso di conservare la libertà a coloro che avrebber potuto acquistarla, se l'erede scritto avesse accettata l'eredità ».

Noi vediamo da questo paragrafo:

1° Che quegli il quale ottiene l'*addictio* de'beni dee dare a'creditori buona sicurtà di pagarli: *si idonee creditoribus caveris*;

2° Che egli, rispetto agli schiavi liberati per testamento, è in luogo dell' erede testamentario: quelli che son liberati direttamente saranno *liberti orcini*, e sopra di essi non avrà alcun diritto di padronato, quelli poi a'quali la libertà è lasciata, per fedecommesso, saranno suoi liberti, ed egli avrà sopra di loro i diritti d'un *patronus*;

3° Che egli può metter per condizione alla domanda dell' *addictio* de' beni, che gli schiavi direttamente liberati non saranno *liberti orcini*, ma suoi proprî, soggetti a'suoi diritti di padronato; ma che per questo si ricerca il consenso degli schiavi, de'quali si tratta: *si ii quorum de statu agitur consentiant*;

4° Da ultimo: che in difetto di ogni persona che domandi l'*addictio* de'beni, il fisco, se vuol prendere questi beni, ha il carico di conservare, e mettere ad effetto tutte le libertà lasciate dal defunto.

Questo ed il precedente paragrafo suppongono che la domanda dell'*addictio* dei beni sia fatta da uno degli schiavi liberati dal defunto. In fatti questo caso fu il primo a presentarsi, ed era più naturale; poichè questo schiavo mediante un sacrificio pecuniario per pagare i creditori, trovava il modo di conservare la libertà lasciatagli dal padrone, e di ottenere i diritti di padronato sugli altri schiavi francati. Ma noi vediamo da una costituzione dell'imperadore Gordiano, che il rescrit-

to di Marco Aurelio debb'essere esteso egualmente al caso, che la domanda d'addizione fosse fatta da una persona estranea (1).

II. *Hoc rescripto subventum est et libertatibus et defunctis: he bona eorum a creditoribus possideantur, et veneant. Certe si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio: extitit enim defuncti defensor, et quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.*

2. Con questo rescritto si è sovvenuto alle libertà, ed a' morti, acciocchè i lor beni non sieno posseduti, e venduti da' creditori. E veramente se per questa cagione i beni saranno addetti, cessa la vendita de' medesimi: essendovi un difensore del defunto, e difensore idoneo, che fa sicuri i creditori di tutto il pagamento.

Questo paragrafo ci spiega il doppio scopo, che ha fatto ammettere questa maniera di successione; cioè in primo luogo di conservare le libertà lasciate dal defunto; in secondo luogo di risparmiare alla sua memoria l'oltraggio della vendita de'beni fatta a suo nome da' creditori per esser rimasta vacante l'eredità, la qual vendita, siccome abbiam veduto, metterebbe la memoria del defunto in un certo stato d'ignominioso fallimento. Del resto niuno avea interesse ad opporsi: gli eredi non potevan dolersi; perchè non ve n'era niuno, nè testamentario, nè *ab intestato*; gli schiavi liberati conservavano il beneficio della loro liberazione, ed i creditori ricevevano buona sicurtà di essere interamente pagati. Quegli dunque che riceveva quest'*addizione* de'beni faceva più che non avrebbe fatto l'acquirente che avesse comprato i detti beni nella vendita fatta dai creditori; perciocchè egli non avrebbe avuto altro obbligo che quello di pagare il prezzo: la memoria del defunto non sarebbe stata risparmiata, le libertà non si sarebbero conservate, ed i creditori forse non sarebbero stati interamente soddisfatti. Tra queste due *addizioni* la prima era da preferirsi alla seconda.

III. *In primis hoc rescriptum totiens locum habet, quotiens testamento libertates datae sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas?* favor constitutionis *debebit locum habere. Certe si testatus decedat et codicillis dederit libertatem, competere eam* nemini dubium est.

3. E questo rescritto è applicabile sempre che si è data la libertà nel testamento. Ma che si dirà se alcuno morendo intestato avrà dato le libertà nei codicilli, e non si sarà accettata l'eredità *ab intestato? Il favore della costituzione* si estenderà eziandio a questo caso. Se poi alcuno sarà morto con testamento, ed avrà dato la libertà nei codicilli, *niuno può aver dubbio* che competa.

IV. *Tunc enim constitutioni locum esse verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit utrum existat an non, cessabit constitutio. Si certum esse coeperit (neminem extare), tunc erit constitutioni locus.*

4. Le parole della costituzione mostrano che essa si applica ogni volta che non v'è niun successore *ab intestato*. Per quanto adunque è incerto, se vi sia successore o nò, per tanto la costituzione non a luogo. Ma dacchè si comincerà ad esser certi che non vi sia successore, allora la costituzione avrà luogo.

Egli è cosa manifesta che per potersi ammettere l'*addizione*, e perchè essa raggiunga il suo doppio scopo, si ricercano due condizioni: 1° che il defunto abbia lasciato delle libertà o per testamento, o per codicilli; 2° che la sua successione si trovi vacante. Se in difetto di eredi testamentarî vi fosse qualche erede *ab intestato* che accettasse, succedendo al defunto questo erede, la costituzione cesserebbe d'aver luogo, e l'erede *ab intestato* non sarebbe gravato delle libertà, giacchè queste svanirebbero col testamento.

Favor constitutionis (§ 3). Questa è un estensione favorevole della costituzione di Marc-Aurelio, poichè non si tratta di eredità testamentaria, ma solamente d'una eredità *ab intestato* gravata di libertà lasciate ne'codicilli.

Nemini dubium est (§ 3). Perchè quì non v'è altro che la stretta applicazione della costituzione; in fatti i codicilli si rannodano al testamento esistente, e ne forma parte accessoria.

V. *Si is qui in integrum restitui potest* abstinuerit *se hereditate*, quamvis potest in integrum restitui, *potest admitti constitutio, et bonorum addictio fieri. Quid ergo si post addictionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique* non erit dicendum revocari libertates, *quia semel competierunt.*

5. Se colui che può esser restituito in intero *si astenga* dall'eredità, si può ammettere la costituzione, e farsi l'attribuzione de' beni, quantunque egli possa esser restituito in intero. Che diremo dunque se dopo che sarà stata fatta l'attribuzione de'beni per conservare le libertà, sopravvenga la restituzione in intero? Certo non *si potrà dire*

(1) *Cod. 7, 2, 6.*

che le libertà saranno rivocate, perchè date una volta non si possono altrimenti rivocare.

Abstinuerit. Da quì si vede che l' astenersi d' un erede necessario basterebbe perchè l' *addictio* avesse luogo ; in fatti questo astenersi dell' erede basterebbe , come sappiamo, per lasciare la memoria del defunto esposta all' ignominia della vendita de'beni sotto il suo proprio nome per richiesta de'creditori.

Quamvis potest in integrum restitui, se sia minore di venticinque anni.

Non erit dicendum revocari libertates. Si suppone che questo erede, il quale è stato restituito contro il fatto di essersi astenuto, o contro il suo rifiuto, fosse erede *ab intestato*. Se per difetto di erede testamentario, egli avesse da prima accettato, le libertà, le quali erano un peso dell' eredità testamentaria svanirebbero, ed egli non ne sarebbe gravato. Ma se dopo che egli si è astenuto o ha rifiutato, abbia luogo l'attribuzione de'beni, e le libertà sono messe ad effetto, queste non si possono più rivocare, ma sono un danno che egli dee soppartare.

VI. *Haec constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullae sint datae , cessat constitutio. Quid ergo si vivus dederit libertates , vel mortis causa , et ne de hoc quaeratur, utrum in fraudem creditorum an non, factum sit, idcirco velint sibi addici bona: an audiendi sunt? Et magis est ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.*

6. Questa costituzione fu introdotta per conservazione delle libertà; cessa quindi se non ne saranno state date. Ma che diremo noi se alcuno abbia dato le libertà tra vivi, o per causa di morte , ed i francati per impedire che non si cerchi se ciò fu fatto in frode de' creditori , o nò, domandino che a loro si attribuiscano i beni; si debbon essi ascoltare ? Bisogna ché lo siano quantunque le parole della costituzione non si estendano a questo.

Giustiniano estende la costituzione di Marco Aurelio eziandio alle libertà date dal defunto con atto tra vivi, o per disposione a causa di morte, e che per conseguente sarebbero indipendenti dal fatto di esservi o non esservi erede, quando però i creditori volessero farle annullare come fatte in frode de' loro diritti, secondo che abbiam spiegato (v. 1. p. 105 e seg.). Qualunque tra gli schiavi fatti liberi, ed anche una persona estranea può allora ottenere l'attribuzione de' beni col peso di pagare i creditori , e conservare la libertà.

VII. *Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est a nobis plenissima constitutio , in qua multae species collatae sunt , quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum: quas ex ipsa lectione constitutionis potest quis cognoscere.*

7. Ma avendo noi veduto molte lacune in questa costituzione , ne abbiamo dato fuori una pienissima ed ampia, nella quale abbiam posto molti casi, per i quali, il diritto di cosiffatta successione è divenuto pienissimo e compiuto : i quali casi si possono per la lettura di essa costituzione vedere.

Questa è la Costituzione 15 del tit. 2 del lib. 7 del Codice di Giustiniano.

TITULUS XII.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUAE FIEBANT PER BONORUM VENDITIONEM, ET EX S. CONS. CLAUDIANO.

Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, et tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerunt. *Sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est , ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt; et tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere, et prout utile eis visum fuerit ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit.*

TITOLO XII.

DELL'ABOLIZIONE DELLE SUCCESSIONI, LE QUALI SI FACEVANO PER LA VENDITA DE'BENI , E PER IL S. C. CLAUDIANO.

Innanzi alla predetta successione eranvene altre per universalità, come la vendita de' beni, la quale con molti avvolgimenti di parole , e formalità era stata introdotta per venire a capo di vendere i beni d'un debitore, ed avea luogo nel tempo che *i giudizi ordinari erano in uso*. Ma di poi quando i giudizi straordinari si furono stabiliti, insieme coi giudizi ordinari caddero in dissuetudine siffatte vendite; ed ora solamente è rimasto che i creditori hanno per officio del giudice la facoltà di possedere i beni , e disporre di essi come loro par meglio : la qual cosa apparirà più pienamente ne' libri del Digesto.

Gaio, e soprattutto Teofilo nella sua parafrasi del nostro testo ci danno i più minuti e particolari ragguagli intorno a questo genere di successione universale. La vendita de' beni , dice Gaio , poteva aver luogo sia contro i vivi , sia contro i morti. Contro i vivi, per esempio, quando un debitore per frodare i suoi creditori spariva, e non aveva alcun difensore; quando faceva cessione de'beni per vigor della

legge *Julia* ; ovvero quando condannato per sentenza non l'avea eseguita nel termine che gli era stato conceduto. Contro i morti, per esempio, quando era certo che il defunto non avea nè erede, nè possessore di beni, nè alcun altro successore legale (1).

I creditori, dice Teofilo, dopo essersi insieme ragunati, s'indirizzavano al pretore, il quale li metteva nel possesso dei beni del loro debitore, e questo possesso durava un determinato numero di giorni: trenta giorni continui contro i vivi, e quindici contro i morti. Spirato questo termine i creditori si presentavano di nuovo al pretore, il quale permetteva di nominar tra loro un procuratore che dicevasi *magister*, e corrispondea presso a poco a quei che noi diciamo sindaci. Questi era incaricato di procedere a nome dei creditori alla vendita de' beni, e principalmente di ricevere le offerte di coloro che voleano comprare, e che presentavano migliori condizioni e minor perdita pei loro crediti. Fatto ciò si affiggeva nelle principali strade della città una pubblicazione così conceputa: « I beni di un tale, nostro debitore si debbono vendere ; noi suoi creditori procediamo per la vendita del suo patrimonio; chiunque vuol comprare si presenti ». Passato un certo numero di giorni, si presentavano per la terza volta al pretore, il quale dava loro la facoltà di stabilire i patti della vendita (*legem bonorum vendundorum*). Allora si aggiungevano alla pubblicazione le condizioni o leggi della vendita, per esempio questa: « chiunque vorrà comprarli dovrà pagare a ciascun creditore la metà del suo credito; di maniera che colui al quale è dovuta la somma di cento soldi d'oro ne riceva cinquanta, e colui al quale ne son dovuti dugento, ne riceva cento ». Dopo un determinato termine che cominciava a decorrere da quest'ultima pubblicazione, tutto il patrimonio de' beni era trasferito. Quegli che lo comprava dicevasi compratore de' beni (*bonorum emptor*). Tutte le azioni attive e passive di quel tale, i cui beni erano stati venduti, si trasferivano tanto a favore, quanto contro del compratore, ed egli esercitava le azioni, o era convenuto, non direttamente, ma utilmente come avveniva pel *possessore di beni* ; poichè sì l'uno, come l'altro eran successori pretorii (2).

Questa sorta di compra (*bonorum emptio*) costituiva, come si vede, una vera successione universale da parte del compratore de' beni, il quale si trovava messo nel luogo del debitore, pel suo patrimonio, pei suoi diritti, e per le sue obbligazioni, salvo in quanto a queste ultime la riduzione di tutt' i crediti nella proporzione che la legge della vendita avea stabilita. Ma questa vendita cadde in desuetudine. Secondo una costituzione degl'imperadori Diocleziano, e Massimiano, conservata nel Codice di Giustiniano, noi vediamo che i creditori possono ancora ottenere l'immissione in possesso de' beni del loro debitore, e che dopo un certo termine possono essere autorizzati dal giudice competente a farli vendere (3). Ma quì non si tratta più della vendita del patrimonio, sibbene della vendita particolare de' beni ; ciascun compratore diviene semplicemente proprietario de' beni che compra, mediante il prezzo che paga, e non già il successore ai diritti, ed alle obbligazioni del debitore.

Quando judicia ordinaria in usu fuerunt. Noi sappiamo sufficientemente che cosa erano i giudizî ordinarî, e gli straordinarî, sotto il sistema del procedimento per formole; noi sappiamo come questo procedimento decadde, e que' giudizî che prima eran detti straordinarii divennero allora il diritto comune (*General. del dr. rom.* p. 65 e seg.). Giustiniano quì ne insegna che il procedimento della vendita de' beni (*bonorum emptio*), a titolo di successione universale pretoria si collegava al procedimento ordinario; e che però disparve quando tutt' i giudizî divennero straordinarî. In fatti questo procedimento era una manifesta dipendenza dello *imperium* e della *jurisdictio* di cui il magistrato era investito; una delle operazioni che facevansi *in jus*, innanzi al magistrato, e non *in judicio* innanzi al giudice. Quantunque non si veggano precisamente i motivi in particolare, pure si comprende ch'esso fu disusato quando l'uffizio del magistrato, e quello del giudice si confusero in uno. Allora nel luogo di questa specie di successione pretoria sottentrò la vendita particolare de' beni.

1. *Erat et ex senatus-consulto Claudiano miserabilis per universitatem adquisitio, cum libera mulier, servili amore bacchata ipsam libertatem per senatus-consultum amittebat, et cum libertate substantiam. Quod indignum nostris tempori-*

(1) *Gai. Com. 3*, §§ *77, e 78.*
(2) V. Teofilo *hic* ; confermato da *Gaio Com. 3*, § *77, a 81.* (3) *Cod. 7, 72, 9.*

bus existimantes, et a nostra civitate deleri et non inseri nostris Digestis concedimus.

1. Eravi similmente un altro miserabile acquisto per universalità, per il senato-consulto Claudiano; e questo era quando una donna libera innamoratasi d'uno schiavo perdeva pel detto senato-consulto la libertà, ed insieme con la libertà tutta la roba. La qual cosa giudicando noi indegna de' nostri tempi abbiam voluto che resti abolita nel nostro stato, e non abbiam conceduto che sia messa nel nostro Digesto.

Paolo nelle sue *Sentenze* entra in lunghi particolari intorno a questa maniera di successione universale, la quale avea luogo quando una donna ingenua e cittadina romana o latina essendosi congiunta ad uno schiavo, perseverava in questa unione (*contubernium*) a mal grado del padrone dello schiavo, e delle protestazioni e denunzie del medesimo (*invito et denuntiante domino*). Rispetto poi ad una libertina che si fosse congiunta con uno schiavo, la regola era modificata secondo che ella avea operato all'insaputa, o con cognizione del suo *patronus*: nel primo caso ella ricadeva nella schiavitù del suo *patronus*; nel secondo in quella del proprietario dello schiavo (1).

Giustiniano toglie via questa specie di grande diminuzione di capo, e la successione universale che ne risultava.

(1) *Paul. Sent. 2, 21.* — Ved. anche Gaio *Com. 1*, §§ *84, 91, e 160.*

REASSUNTO DEL LIBRO TERZO

(TITOLO I. A XII.) — EREDITÀ AB INTESTATO.

L'eredità *ab intestato* non ha luogo se non quando non vi è eredità testamentaria, e non si apre che dal momento che si acquista la certezza che non ve ne sarà. In conseguenza in questo momento, e non già in quello della morte deesi considerar la capacità, la qualità, ed il grado degli eredi, per determinare quali sono coloro che son chiamati. Ma per poter esser chiamati è sempre necessario che sieno nati, o almeno conceputi vivendo il defunto. Del resto muore intestato non solo chi non ha fatto alcun testamento, o chi non l'ha fatto validamente, ma eziandio colui, il testamento del quale sia stato rotto, o sia divenuto inutile, o non abbia prodotto alcun erede.

La legge delle XII. Tavole stabiliva due ordini di eredi: 1° gli eredi suoi; 2° gli agnati. In alcuni casi, e per certe persone veniva talvolta un terzo ordine, quello de' gentili.

EREDI SUOI.

Secondo la *legge delle XII. Tavole* sono eredi suoi *ab intestato* coloro che alla morte del defunto erano sotto la sua potestà senza intermedia persona. In conseguenza i figliuoli emancipati, o dati in adozione, e i discendenti per via di donne non erano eredi suoi.

Ma, secondo il *diritto pretorio*, furon chiamati nel numero degli eredi suoi: i figliuoli emancipati e quelli dati in adozione, nel caso solamente che fossero usciti della famiglia adottiva, vivendo il loro padre naturale.

Una *costituzione* degl'imperadori Valentiniano, Teodosio, ed Arcadio chiamò ancora nel numero degli eredi suoi i discendenti dalle figliuole, in questo senso, che verrebbero a prender la parte che la loro madre premorta avrebbe avuta, salvo una diminuzione di un terzo se vi fossero altri eredi suoi, e di un quarto, se vi fossero semplicemente agnati.

Giustiniano conferma il diritto pretorio riguardo a'figliuoli emancipati; in quanto a'figliuoli dati in adozione vuole che l'azione non faccia più perdere i diritti di successione nella famiglia naturale, salvo il caso che sia fatta da un ascendente; riguardo a'discendenti dalle figliuole, egli conferma il diritto imperiale in questo senso che non avranno se non i due terzi della porzione che avrebbe presa la madre, se concorrono con altri eredi suoi, ma se vi sono semplici agnati, egli dà loro tutta quanta l'eredità. Nell'ordine de-

gli eredi suoi la divisione si fa non per capi, ma per istirpi. Gli eredi suoi propriamente detti divengono eredi di pieno diritto ancorchè nol sappiamo, o nol vogliano. Ma ciò non si applica a coloro i quali non essendo eredi suoi, sono nondimeno chiamati tra loro sia dal pretore, sia dalle costituzioni.

AGNATI E GENTILI.

Dopo l'ordine degli eredi suoi vien quello degli agnati.

Quest'ordine, secondo la *legge delle XII. Tavole* comprende solamente coloro che son membri della famiglia, così maschi, come femmine; ma non vi son compresi gli emancipati, dati in adozione, o discendenti per via di donne, perciocchè costoro son fuori della famiglia.

Una *giurisprudenza intermedia* colpì d'incapacità le donne in questo senso, che, tranne le sorelle consanguinee, i loro agnati succedevano ad esse, ma elle non succedevano a'loro agnati.

Il pretore non chiamò alcun parente nel numero degli agnati, egli su questo punto lasciò il diritto civile in tutto il suo rigore.

Una *costituzione* d'Anastasio chiamò solamente i fratelli e le sorelle emancipati in concorso coi fratelli, e colle sorelle agnati, ma con una certa diminuzione. *Giustiniano riguardo alle donne* abroga la giurisprudenza intermedia, e ritornando alla legge delle XII. Tavole vuol ch'elle succedano a'loro agnati; *riguardo agli emancipati*, conferma in prima la costituzione di Anastasio in favore de' fratelli, e delle sorelle emancipati, ma più tardi li chiama senza diminuzione, ed estende il medesimo favore, dopo loro, al primo grado de' loro discendenti; riguardo a' parenti *dati in adozione*, noi sappiamo che l' adozione non fa perdere più i diritti di famiglia; finalmente riguardo ai *parenti per via di donne*, egli chiama alla successione fraterna, come se fossero agnati, i fratelli e le sorelle uterine, ed in loro mancanza il primo grado de'loro discendenti.

Gli agnati son chiamati secondo l'ordine de'gradi: i più prossimi escludono sempre i più lontani. In quest'ordine la divisione non si fa per istirpi, ma per capi.

La regola tanto per l'ordine degli eredi suoi, quanto per quello degli agnati era che in questi ordini non vi era devoluzione, cioè rinunziando il primo grado chiamato (nel caso che la rinunzia poteva aver luogo), l'eredità non passava al grado seguente, ma l' ordine intero era decaduto, e si passava all'ordine seguente. Giustiniano vuole che vi sia devoluzione da grado in grado e che non si passi ad un ordine se non quando il precedente è esaurito.

La successione de' *gentili*, la quale era solamente relativa alle razze di pura origine ingenua sui beni delle razze di origine primitivamente libertina, o in clientela, che da quelle discendevano, per effetto della confusione delle razze, fin dagli ultimi anni della repubblica, era andata in disuso.

ASCENDENTI MASCHI O FEMMINE, DISCENDENTI NELLA SUCCESSIONE DELLA MADRE E DELL'AVOLA.

Secondo *la legge delle XII. Tavole* non vi poteva mai esser questione di ascendenti o maschi o femine nelle successioni legittime. In fatti riguardo agli ascendenti paterni: o i discendenti erano sotto la loro potestà, ed allora essendo figliuoli di famiglia non potevano questi lasciare un'eredità, ovvero erano usciti di sotto la loro potestà, ed allora non v' era più alcun legame civile tra loro. Quest' ultima ragione si avea sempre a riguardo degli ascendenti materni, e delle ascendenti.

Più tardi l'introduzione de' peculî permise al figliuolo di famiglia di avere un eredità testamentaria sul suo peculio castrense o quasi castrense. Ma questo non si applicava all'eredità *ab intestato*; se essi morivano senza testamento morivano senza eredità; il capo di famiglia raccoglieva i loro beni per diritto di peculio.

Alcune *costituzioni imperiali* stabiliscono una specie di successione interamente eccezionale sui beni che fosser pervenuti a'figliuoli ed alle figliuole di famiglia sia dalla loro madre, sia in generale dalla loro linea materna. L'ordine di questa successione è regolata così: 1° i loro i discendenti maschi o femmine; 2° i loro fratelli e sorelle del medesimo o anche di un altro letto; 3° il loro padre, o altri ascendenti, secondo il grado.

Giustiniano estende quest' ordine successorio ai peculii castrensi, e quasi castrensi lasciati *ab intestato*. Questi peculî ricaderanno: 1° a'discendenti del defunto; 2° a'suoi fratelli, e sorelle; in difetto l'ascendente capo di famiglia li prenderà *jure communi*, cioè per diritto di peculio.

Finalmente se si tratta d'un figliuolo emancipato, altra volta l'ascendente emancipante non avea diritto di successione, se

non quando avea fatta riserva di fiducia; allora egli veniva in qualità di *patronus* al primo grado tra gli agnati. Per le leggi di Giustiniano l'emancipazione si reputa sempre fatta con fiducia; l'ascendente emancipante ha sempre diritto alla successione intestata, ma il suo grado è stabilito ancora, come sopra è detto: in primo luogo i discendenti del defunto, dipoi i fratelli e le sorelle: e quindi l'ascendente.

In quanto alle ascendenti, per disposizione del S. C. Tertulliano fatto ai tempi di Adriano, la madre solamente, non già l'avola, succede a'suoi figliuoli legittimi o no, ed eziandio nati di padre ignoto. Questo diritto non competeva alle madri secondo il senato consulto, se non quando aveano avuto il numero stabilito di figliuoli: tre per le ingenue, quattro per le libertine. Giustiniano concede loro questo diritto anche quando abbiano avuto un sol figliuolo. Egli modifica eziandio il loro grado di successione. Così la madre vien dopo i figliuoli del defunto, o della defunta in concorso per una parte virile coi fratelli, e con le sorelle; ma se vi son solamente sorelle, ella prende per se la metà dell'eredità, e le sorelle dividono l'altra metà.

Reciprocamente i figliuoli o nati di giuste nozze, o naturali, o anche di padre incerto, succedono alla loro madre per vigor del senato consulto *Orfitiano*, fatto al tempo di Marc-Aurelio, il quale applicavasi solamente alla successione della madre, ma di poi fu esteso eziandio a quella dell'avola. Essi vengono in primo ordine alla sua successione intestata in luogo dell'ordine degli eredi suoi, che le donne mai non potevano avere.

COGNATI.

Dopo l'ordine degli eredi, e quello degli agnati il pretore ha chiamato un terzo ordine, quello de'cognati, nel quale egli chiama tutti i parenti, senza avere alcun riguardo ai legami civili della famiglia, ma solamente, a quelli della cognazione, e secondo la prossimità de'gradi.

Questi gradi si computano sopra tre linee: linea ascendente, discendente, e collaterale.

Gli agnati son chiamati alla successione legittima in infinito; ma i cognati fino al sesto grado, e nel settimo i nipoti e le nipoti di cugini o cugine.

Del rimanente si dee avvertire che i cognati chiamati solamente dal pretore non sono eredi propriamente detti, ma semplici possessori di beni.

SUCCESSIONE DE'LIBERTINI.

La successione de' libertini è regolata altramente che quella degl'ingenui.

Per la *legge delle XII. Tavole* essi aveano per eredi in primo ordine gli eredi suoi, ed in secondo, nel luogo degli agnati, il *patronus* e i discendenti di lui. Pur nondimeno potevano spogliare della loro eredità tanto gli uni, quanto gli altri.

Ma il *pretore* diede al *patronus*, che era in grado di succedere, un diritto alla metà della successione del liberto, la quale non gli poteva esser tolta nè per adozione che il liberto per avventura avesse fatta, nè per testamento.

Di poi la *legge Papia* chiamò eziandio il *patronus* in concorso coi discendenti eredi suoi del liberto per una porzione virile nel caso che questi avesse più di cento mila sestersi, e meno di tre figliuoli.

Giustiniano rispetto alla successione *ab intestato* ritorna alla legge delle XII. Tavole; il *patronus* verrà solamente in mancanza di ogni erede suo o discendente chiamato nel numero degli eredi suoi. Rispetto alla successione testamentaria, il liberto se ha meno di cento mila sesterzii potrà disporre liberamente de'suoi beni, e non lasciar nulla al *patronus*: passata questa somma, se il *patronus* è in grado di succedere avrà un diritto irrevocabile sul terzo senza carico alcuno nè di legati nè di fedecommessi. Del resto Giustiniano regola l'ordine di successione pei libertini quasi nel modo medesimo che per gl'ingenui: in primo ordine gli eredi suoi o le persone chiamate nel numero degli eredi suoi; in secondo ordine in luogo degli agnati il *patronus* e i discendenti di lui; in terzo ordine in luogo de'cognati, i cognati in linea collaterale del *patronus* fino al quinto grado soltanto.

Il *patronus*, per un senato-consulto fatto al tempo di Claudio, può assegnare il suo liberto a colui, o coloro tra i figliuoli soggetti alla sua potestà, che meglio crede, ed allora il diritto di successione sui beni del liberto appartiene esclusivamente a que' figliuoli ai quali si è fatta l'assegnazione, ed alla loro posterità.

POSSESSI DI BENI.

Il diritto di possesso di beni è una specie di diritto ereditario pretorio introdotto dal pretore per aiutare, supplire, o

correggere il diritto civile. Coloro che sono eredi pel diritto civile sono spesso chiamati eziandio dal pretore al possesso di beni, e vi trovano questo vantaggio, che possono usare dell'interdetto che deriva da questo diritto pretorio per farsi mettere in possesso delle cose ereditarie. In quanto a coloro che son solamente possessori di beni per vigore del diritto pretorio, non sono, propriamente parlando, eredi, ma ne tengono luogo, e sotto altri nomi hanno i medesimi vantaggi.

I possessi di beni, come le eredità, sono o testamentarii, o *ab intestato*.

Vi ha due possessi di beni testamentarii: il primo; *contra tabulas* per farsi dare il possesso de'beni ereditarii, contro le disposizioni del testamento; il secondo, il quale viene in mancanza del primo, *secundum tabulas* per ottenere il possesso conformemente alle tavole del testamento.

I possessi di beni *ab intestato*, ai quali non si viene che in mancanza de' primi sono per la successione degl' ingenui, i seguenti: 1° *Unde liberi* pei discendenti; 2° *unde legitimi* per tutti coloro che una legge, una costituzione, o un senato consulto, o qualunque altra disposizione legislativa chiama alla successione legittima; 3° *Unde cognati* per i cognati; 4° *Unde vir et uxor* pel marito e per la moglie. Il che non impedisce che gli eredi suoi se abbian lasciato passare il possesso di beni *unde liberi* che loro è proprio, non possan venire per quello *unde legitimi*, ed eziandio, in mancanza di questo, pel terzo *unde cognati*; il medesimo si dee dire riguardo agli agnati, ed altri eredi legittimi.

Quando alla successione de' libertini i possessi di beni erano oltre a quello *unde legitimi* pel *patronus* e i discendenti in sua potestà, anche quelli che seguono: *Unde decem personae* per chiamare nel caso particolare d' un ingenuo emancipato per mezzo di mancipazione ad un estraneo che l'avea manomesso dieci persone della sua cognazione naturale in preferenza del manomettente estraneo, il quale, secondo lo stretto diritto, avrebbe avuto i diritti ereditarii di padronato; *Tum quem ex familia* pel più prossimo membro della famiglia civile del *patronus*; *unde liberi patroni, patronaeque, et parentes eorum* pei discendenti del padrone o della padrona senza considerare se erano o no sotto la loro potestà, e pei loro ascendenti; *Unde cognati manumissoris* pei cognati del *patronus*. Il che non impediva che il *patronus*, o i suoi discendenti non potessero in difetto del loro possesso *unde legitimi*, venir per quello *tum quem ex familia*; ed in difetto di questo; pel terzo *unde liberi patroni, patronaeque, et parentes eorum*, ed in fine anche in mancanza di questo, pel quarto *unde cognati manumissoris*.

Giustiniano abolisce tutti questi possessi di beni relativi alla successione dei libertini, e queste successioni son regolate in modo somigliante a quelle degl'ingenui, divenendo ad esse applicabili i quattro possessi di beni qui sopra narrati.

Finalmente un ultimo possesso di beni *ut ex legibus senatusve consultis* era promesso a coloro, ai quali una disposizione legislativa preferirebbe spezialmente il possesso di beni.

I possessi di beni debbono esser accettati entro un certo termine, fissato ad un anno pei discendenti ed ascendenti, ed a cento giorni per gli altri. Spirato questo termine vi ha devoluzione al grado seguente, ed in difetto, al possesso di beni che viene appresso. È lecito eziandio ripudiarli. Altra volta era necessario domandarli formalmente al magistrato del popolo romano: sotto Giustiniano non vi ha obbligo di presentarsi ad alcun magistrato; basta che in qualsivoglia modo si manifesti nel termine prescritto l' intenzione di accettare.

Il possesso di beni si dà o coi beni (*cum re*) quando chi lo riceve ritiene effettivamente i beni, o senza i beni, (*sine re*) quando un altro può per diritto civile ritogliergli l'eredità: in questo caso il possesso è puramente nominale ed illusorio.

Vi ha eziandio de'possessi eccezionali, come il possesso *ventris nomine*, e quello dell'editto Carboniano (*ex Carboniano*).

COLLAZIONE; ACCRESCIMENTO TRA COEREDI; TRASMISSIONE DELL'EREDITA'; INDEGNITÀ.

I discendenti in certi casi venendo alla successione de'loro ascendenti son tenuti a conferire certi beni che hanno ricevuti; questo conferimento che addomandasi *collatio bonorum*, introdotto da' pretori è stato successivamente esteso dalle costituzioni imperiali, ed in fine da Giustiniano.

Se uno degli eredi viene a mancare, la parte ch'egli avrebbe avuta ricade a' suoi coeredi, e questo si chiama diritto di accrescimento, che ha luogo di pieno diritto, all'insaputa ed a malgrado de'coeredi, nelle successioni tanto testamentarie che *ab intestato*, e ne'possessi di beni.

Per regola generale l'erede o il possessore di beni che muore prima di aver accettata l'eredità, o il possesso di beni, non trasmette a' suoi eredi il diritto ch'egli avea. Nondimeno in certi casi la trasmissione si è ammessa da alcune costituzioni imperiali, e segnatamente da Giustiniano, come sarebbe quando l'erede è morto tra l'anno dall'apertura de'suoi diritti prima di spirare il termine per deliberare.

In certi casi i legati, i fedecommessi, o le eredità son tolte per cagione d'indegnità a coloro che vi eran chiamati. Generalmente i beni così tolti son devoluti al fisco; pur nondimeno vi ha talune particolari cagioni d'indegnità per le quali i beni non son confiscati, ma passano al grado seguente.

AZIONI RELATIVE ALLE EREDITA' *ab intestato* ED AI POSSESSI DI BENI.

La petizione d'eredità (*hereditatis petitio*), e l'azione di divisione (*familiae erciscundae*) si applicano così alle successioni *ab intestato*, come alle testamentarie.

I possessi di beni danno eziandio luogo a due azioni utili, ed inoltre ad un interdetto che ad essi è proprio, l'interdetto *quorum bonorum* per farsi mettere più prontamente in possesso delle cose ereditarie, che un altro possegga a titolo di erede o di possessore.

SUCCESSIONI UNIVERSALI DIVERSE DALL'EREDITÀ.

Vi erano alcuni modi di succedere all'universalità de' beni di una persona altramente che per eredità, ed eziandio in molti casi, vivendo ancora quella tale persona. Queste diverse maniere di successione sono da Giustiniano o notabilmente ristrette o abolite in tutto.

Di questo numero erano:

1° L'acquisto per arrogazione, o più generalmente l'acquisto universale, che si operava quando un capo di famiglia ricevendo in suo potere (o paterno, o maritale), una persona *sui juris*, acquistava nel tempo medesimo, e per ciò solo tutt'i beni di questa tale persona, fuor solamente quelli che il mutamento di stato avea distrutti. Sotto Giustiniano questo non può avere applicazione che nel solo caso dell'arrogazione, e si aggiugne che per le istituzioni di questo imperadore l'arrogatore acquista solamente l'usufrutto, e non la proprietà de'beni dell'arrogato.

2° *L'addictio* fatta a fin di mantenere le libertà date, la quale fu introdotta per un rescritto di Marc-Aurelio, pel caso di eredità testamentaria abbandonata dagli eredi istituiti, ed estesa per favore al caso di eredità *ab intestato* con libertà data nei codicilli. Giustiniano in una costituzione speciale regola pienamente questo genere d'*addictio* e lo estende anche per analogia al caso di libertà data per atto tra vivi, o per causa di morte.

3° La *bonorum emptio* che avea luogo al tempo del procedimento ordinario, allorchè i creditori richiedevano la vendita in massa e per universalità de' beni e diritti del loro debitore, e che costituiva a profitto del compratore una specie di successione universale pretoria; questa vendita per universalità cadde in disuso con la procedura ordinaria, e rimase solamente la vendita particolare de'beni del debitore.

4° La successione pel senato-consulto Claudiano, allorchè una donna ingenua per essersi unita ad uno schiavo, e per aver perseverato in siffatta unione non ostante l'opposizione del padrone dello schiavo, era data in proprietà a questo padrone, e con lei anche i suoi beni. Giustiniano abroga cosiffatte disposizioni.

TITULUS XIII. DE OBLIGATIONIBUS.

TITOLO XIII. DELLE OBBLIGAZIONI.

Dopo aver trattato de' *diritti reali*, segnatamente della proprietà, e de'suoi diversi smembramenti, di poi de'varii modi di acquistare sì particolari, e sì universali, ora passiamo a' diritti che si sogliono indicare con la frase di *diritti personali*. Noi già abbiamo dato le nozioni generali sopra questa materia (*Esposiz. General. del dr. rom.* p. 75 e seg.); sicchè ora ci rimane solo ad esaminare i particolari.

Il diritto romano ha avuto in questa materia non altrimente che nelle altre, un cominciamento rozzo ed esclusivo, non tenendo alcun conto delle relazioni e dei principî di equità naturale, ma solamente del diritto civile de' Quiriti, e delle sue forme simboliche. Solo col lungo volger del tempo, e per via di successivi ed indiretti raddolcimenti esso s'è accostato alle nozioni filosofiche ed al diritto delle genti. Anche la lingua ha seguito cosiffatte metamorfosi.

Nozione dell' obbligazione.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, *quo necessitate adstringimur* alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.

Ora passiamo alle obbligazioni. Lobbligazione è un *legame di diritto*, per il quale siamo astretti di necessità *al pagamento di qualche cosa, secondo il diritto della nostra città.*

La definizione del diritto naturale, e la lingua giuridica che a questo si riferisce, secondo che già abbiamo osservato, sono quasi in ogni parola derivate dalla medesima figura. Si tratta sempre di un legame (*juris vinculum*) che assoggetta una persona ad un altra (ved. *Espos. General. del dr. rom. n.* 68).

La parola *obligatio* non è un termine dell'antico diritto de'Quiriti; essa non s'incontra in alcun frammento delle XII. Tavole, nè in alcun vestigio della lingua giuridica di quei tempi, ma appartiene ad un epoca più vicina. La voce antica pare essere stata *nexum*, o *nexus* (da *nectere*): la figura è sempre la medesima. Nondimeno *nexum* non ha il medesimo valore che *obligatio*; giacchè la sua significazione in un senso è più ristretta, in un altro, più ampia. Or ora lo spiegheremo.

Subbietto, ed obbietto dell' obbligazione.

Gli elementi che costituiscono il diritto personale, ci son noti. Quì noi troviamo indispensabilmente, come subietti del diritto, due persone: l'una subietto attivo, che addomandasi creditore *creditor* (1); l'altra subbietto passivo, nominato debitore *debitor*. Il debitore è legato al creditore, ed è rispetto a lui in una specie di dipendenza, per l' esecuzione del diritto, del quale è passivo. La parola *creditore* (da *credere*, credere, aver fiducia) indica per la sua etimologia un atto di confidenza da parte del creditore, perciocchè in vece di esigere l'adempimento immediato, ed effettivo, egli si è affidato fino ad un certo termine al debitore, per l'esecuzione dell'obbligazione. Adunque questa parola si è estesa oltre a'suoi limiti etimologici, quando se n'è fatto un termine generale applicato ad ogni caso di obbligazione, anche a quelli ne' quali non entra per nulla la volontà del creditore. Del resto i termini di *creditor*, di *debitor* non appartengono più che quello di *obligatio* alla lingua antica del diritto romano.

Il termine antico che si trova nelle XII. Tavole è quello di *rei* il quale dinota nel tempo medesimo le due parti, ma più spezialmente si applica al debitore (*reus*).

L'obbietto dell'obbligazione riesce sempre in fin de'conti ad una cosa che si dee somministrare (*alicujus solvendae rei*, dice il testo) prendendo la parola cosa nella sua più ampia significazione giuridica, cioè per tutto ciò che può procurare un vantaggio, o un'utilità qualunque all' uomo. Non pertanto se più da presso si faccia l'analisi degli elementi dell' obbligazione, si vedrà che l'obbietto diretto, ed immediato del diritto, non è la cosa medesima che si dee dare, o fare, o consegnare, ma sibbene l'azione di dare, di fare, di consegnare, alla quale il debitore può essere astretto, cioè la prestazione alla quale è tenuto. E però si dice l'obbligazione di dare, di fare, di consegnare (*dandi, faciendi, praestandi*), essere obbligato a dare, a fare, a procurare (*ad dandum, ad faciendum, ad praestandum*). La qual cosa il giureconsulto Paolo esprime in questi termini: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel praestandum* (2): indicando così

(1) *Dig. 50, 16.* De verb. signif. *10, fragm. Ulpian.* — *11, fragm. Gai.* — *12, 1,* De rebus cred. *1, fragm. Ulpian.*; e *2* §. *5, fragm. Paul.*

(2) *D. 44. 7, 3, pr. f. Paul.*

elegantemente, che l'obbligazione non produce alcun diritto del creditore alla cosa (il che noi chiamiamo *diritto reale*), il quale gli permetta di disporre, o ritrarre in qualche modo un vantaggio dalla cosa istessa, ma dà solamente un diritto contro il debitore per costringerlo a somministrare la cosa. *Dare, facere, praestare*; la riunione di queste tre parole è sacramentale nelle formole; e ne' testi delle leggi romane per abbracciare in tutta la sua generalità l' obbietto che le obbligazioni possono avere (1). *Dare* nel suo proprio senso si riferisce al trasferimento della proprietà romana (2); la parola indica che il debitore è obbligato di trasferire la cosa in proprietà. *Praestare* per contrapposto si adopera nel caso che si tratti semplicemente di consegnare o somministrare la cosa, per dare al creditore l'opportunità di usarne o goderne più o meno, come nel caso dell'affitto (3); ma a dir vero questa dizione *praestare* ha una significazione molto ampia, poichè essa si applica ad ogni sorta di vantaggio che si possa ad altri procurare, ed è, per dirla in una parola, adattata dall' uso ad ogni sorta di prestazione.

casi spezialmente riconosciuti dallo stretto diritto civile: da queste in fuori non vi era niun legame giuridico, niuna obbligazione, niuno effetto di diritto. Col tempo la giurisdizione pretoria raddolcendo quì come altrove il rigore primitivo, riconobbe altri modi, o altri casi di obbligazioni, e somministrò de' mezzi pretorii per metterle ad effetto. Lo stesso legislatore più tardi sanzionò, e diede efficacia ad alcuni casi al tutto estranei dal diritto civile puro. Da ultimo le obbligazioni riconosciute dal diritto delle genti, o dalla semplice ragione filosofica, non rimasero prive di ogni risultamento: la giurisprudenza le indicò col nome di obbligazioni naturali, ed attribuì ad esse se non la forza delle altre obbligazioni, almeno parecchi effetti importanti nelle relazioni giuridiche. « *Is natura debet quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus* », dice Paolo in un frammento messo tra gli assiomi di diritto (4). Laonde nel diritto romano si ha questa triplice divisione delle obbligazioni: obbligazioni civili, obbligazioni pretorie (*praetoriae, vel honorariae obligationes*), ed obbligazioni naturali (*naturales obligationes*) (5).

Diverse specie di obbligazioni.

Il giureconsulto romano non definisce l'obbligazione che secondo il diritto civile, il diritto della città (*secundum nostrae civitatis jura*). In fatti questo legame giuridico, il quale lega una persona ad un altra, considerandolo non dal lato della pura ragione, ma in quanto mette realmente a disposizione di una persona i mezzi di costringimento, la forza pubblica, se occorre, per astringere l'altra all'adempimento, questo legame diciamo, prende tutta la sua efficacia positiva dal diritto civile, che lo stabilisce o riconosce, e che impiega eziandio il potere della città per dargli effetto. Il diritto romano ha seguito in ciò il suo carattere esclusivo. A principio non vi erano altre obbligazioni, che quelle stabilite secondo le forme, o nei

1. *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur, namque aut civiles sunt, aut praetoriae. Civiles sunt, quae aut* legibus *constitutae, aut certo* jure civili comprobatae *sunt*; *Praetoriae sunt quas praetor ex sua* jurisdictione constituit, *quae etiam honorariae vocantur.*

1. La sommaria divisione di tutte le obbligazioni si riduce a due sorte, civili, pretorie. Le civili son quelle che sono ordinate *dalle leggi*, *o comprovate dal diritto civile;* le pretorie, dette anche onorarie, son quelle, che il pretore *per sua giurisdizione ha stabilite.*

Aut legibus constitutae: Questo pare che faccia allusione alle obbligazioni stabilite formalmente dalle leggi civili, e che riconoscono strettamente la loro origine dal diritto civile de' romani, senza altra considerazione nè del diritto delle genti, nè dell'equità naturale.

Aut certo jure civili comprobatae. Quì

(1) Noi le troviamo in Gaio come formola dell'azione *in personam*: « *In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis ex contractu vel ex delicto obligatus est; id est cum intendimus*: Dare, facere, *oportere*». (*Gai. Com.* 4, § 2). — Paolo le mostra ne' testi della legge *Julia Papia*. (*D.* 58, 1, 37, *pr. f. Paul.*); Ulpiano nelle formole di stipulazione (*D.* 19, 1, 13, § 6, *f. Ulp.*); *etc.*

(2) *D.* 45, 1, 75, § 10. *f. Ulp.*; 103. *f. Mod.* — 50, 17, 167, *f. Paul.* — 18, 1, 23, § 1, *f. Ulp.*

(3) *D.* 19, 1, 11, § 2, *f. Ulp.* — 19, 2, 15, §§ 1, e 2 *fragm. Ulpian.*; e 19, § 2 *fragm. Ulpian.*

(4) *D.* 50, 17, 84, § 1, *f. Paul.*

(5) Noi troviamo questa divisione espressamente accennata nel seguente frammento di Ulpiano, il quale dice, parlando della novazione: « *Illud non interest qualis processit abligatio utrum naturalis, an civilis, an honoraria* ». (D. 46, 2, 1, § 1). Trovasi egualmente in un frammento di Marciano dove parla dell'ipoteca: « *Et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tantum naturali,* » (D. 20, 1, 5, pr.

si tratta delle obbligazioni, le quali a principio appartenevano semplicemente al diritto delle genti, ma più tardi ammesse, e confermate dal diritto civile passarono in questo diritto, e ne fecero parte. Le nozioni storiche, che quì ci accingiamo ad esporre, ci daran lume e chiarezza sopra questo punto.

Effetti dell' obbligazione.

L'effetto principale e proprio dell'obbligazione è posto nella necessità da cui è stretto il debitore, di pagare, cioè di fare la prestazione a cui è tenuto. In difetto, il creditore ha un' azione per astringervelo.

Così ogni obbligazione *civile*, cioè nascente dal diritto civile, produce un'azione di diritto civile. Da ciò venne l'uso presso i giureconsulti romani, di far procedere insieme queste due espressioni *obligatio*, ed *actio* come due correlativi de' quali l'uno trae l'altro, e che possono in certa guisa adoperarsi come sinonimi, prendendo la causa per l'effetto. *De obligationibus et actionibus*, così sono intestati i titoli del Digesto e del codice consacrati a questa materia (1).

Le obbligazioni pretorie ovvero onorarie introdotte dalla giurisdizione del pretore producono eziandio un' azione, ma un' azione pretoria; o azione utile cioè azione civile già esistente, ed estesa per cagione di utilità e di analogia a casi, ai quali rigorosamente e secondo il diritto civile non sarebbe applicabile, o azione pretoria spezialmente introdotta (2).

In fine le obbligazioni naturali, le quali son dedotte unicamente dal diritto delle genti, e dalla ragion filosofica, senza che nè il diritto civile nè il pretorio le abbiano confermate, non producono alcuna azione nè civile, nè pretoria. Ma la giurisprudenza ha ad esse attribuito degli altri effetti. Così quando l'obbligazione naturale è stata adempiuta, ciò che è stato pagato non può ridomandarsi, come indebito, e pagato per errore (3). Si può far valere l' obbligazione naturale per mezzo delle eccezioni, quando se ne presenti l' occasione (4); si può opporre per la compensazione (5), in fine può formare oggetto d'una novazione (6), e servir di base ai contratti accessori che suppongono un obbligazione preesistente, come sarebbe la fidejussione, il pegno, o l'ipoteca (7).

Fonti o cagioni delle obbligazioni in generale.

Ma come può avvenire che una persona si trovi così legata ad un altra, obbligata verso un'altra? In altri termini quali possono esser le cagioni delle obbligazioni tra i particolari? Noi esamineremo la quistione da prima filosoficamente, e dipoi istoricamente nel diritto romano.

Filosoficamente, noi sappiamo che ogni diritto è generato da un fatto (*Esposiz. General. del dr. rom.* n.° 51): il medesimo avviene dell' obbligazione; non vi è una sola obbligazione che non provenga da un fatto. Quali son dunque i fatti che possono produrre questo risultamento? Quì si possono presentare o il consentimento reciproco delle parti, o fatti indipendenti dal loro consenso, sopravvenuti per la volontà di una di esse soltanto, ovvero senza la volontà nè dell'una, nè dell'altra.

In quanto al consentimento, se l'accordo delle due parti non ha nel suo oggetto, e ne' suoi motivi nulla di contrario alla morale, o all'ordine pubblico, nulla che sia fisicamente impossibile; se il consentimento è dato con capacità, senza errore, dolo, o violenza, dal momento che le parti han consentito, che una di loro resti legata, obbligata verso dell' altra, la ragione naturale ci dice, che vi può essere in questo un fatto generatore di obbligazione.

---

(1) *D. 44, 7.* — *Cod. 4, 10.* Il che nondimeno non dee far perdere di vista che i diritti reali si difendono, e si reclamano eziandio per via di azione. Ma noi vedremo che in tutte le azioni anche nelle reali vi ha a dir vero, sottilmente esaminando la cosa, l'obbligazione, o legame giuridico di una persona rispetto all'altra.

(2) *D. 15, 5, 1, § 8, f. Ulp.* — *D. 50, 16, 10. f. Ulp.*

(3) *D. 12,6,19,f.Pomp.*—« *Naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest.*». Ivi 64, f, Tryph. « *Repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum* ». Ved. anche *D. 14, 6, 9, §§ 4, § 5, f.Ulp:; e 10, f. Paul.*—*D. 44, 7,10,f. Paul.* « *Naturales obligationes non eo solo aestimantur si actio aliqua eorum nomine competit;verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit* ». — Ved. anche *D. 46, 1, 16, § 4 f. Julian.*

(4) *D. 2, 14, 7, § 4, f. Ulp.*: « *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* ».

(5) « *Etiam quod natura debetur venit in compensationem* ». (D. 16, 2, 6, f. Ulp.).

(6) *D. 46, 2, 1, § 1, f. Ulp.*

(7) *D. 46, 1, 16, § 5, f. Julian.* « *Fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis, vel naturalis, cui applicetur.* » D. 20, 1, 5, pr. f. Marcian, e 14, § 1, f. Ulp.

Indipendentemente dal consenso reciproco: se una persona ha recato pregiudizio ad un altra sia volontariamente e con rea intenzione, sia involontariamente ma per sua colpa, il principio di ragione naturale, che bisogna riparare il male che si è cagionato a torto parimenti ne insegna che quì vi ha un fatto generatore di obbligazione. Se una persona per accidente qualunque si trova di avere ciò che appartiene ad un altra, se in qualsivoglia modo si trova arricchita a spese altrui volontariamente, o involontariamente che sia, il principio di ragione naturale che niuno debbe arricchirsi a danno altrui, e che ogni uomo è tenuto di restituir quello di che in questa maniera trovasi arricchito, ci dice ancora che quì vi è un fatto generatore di obbligazione.

Così da un lato il consentimento delle parti, e dall'altro mille e mille fatti prodotti sia dalla volontà od attività dell'uomo, sia da causa posta interamente fuori di lui, pei quali fatti una persona abbia nociuto per sua colpa ad un'altra, o si trovi arricchita a pregiudizio di un altra, ci offrono delle cause innumerevoli di obbligazione, che tuttogiorno si ripetono, e che pertanto si riportano tutte a'principî comuni di ragion naturale. Aggiugnete a ciò nella costituzione della famiglia e della società, alle quali l'uomo essenzialmente e necessariamente, è destinato, certe relazioni tra persone, che debbono ingenerar de'legami di diritto, delle obbligazioni dell'una verso dell'altra, per esempio il fatto della generazione che produce delle scambievoli obbligazioni tra i genitori da un lato, ed i figliuoli dall'altro, per la ragione che gli uni han data, e gli altri han ricevuta l'esistenza, e voi avrete un altro fonte di obbligazioni secondo i principî della pura ragione filosofica.

Istoricamente, noi troveremo da prima in ciò che riguarda le fonti delle obbligazioni, tutta la rozzezza primitiva del diritto civile de' romani; e dipoi il suo raddolcimento graduale pel progresso dell'incivilimento, e per l'intervenimento sempre maggiore del diritto delle genti. Da principio questo legame giuridico che lega una persona ad un'altra, e che, accadendone il caso, fa intervenire la pubblica forza perchè sia messo ad effetto, non è regolato in nulla dall'equità naturale, ma dipende esclusivamente dallo stretto diritto civile: o una persona è obbligata secondo il diritto civile, o non è punto obbligata, e quando alcuno è civilmente obbligato, poco importa che l'equità naturale l'approvi, o lo condanni. Del resto i casi, ne'quali il diritto civile crea o riconosce questo legame giuridico, sono rigorosamente determinati, ed in poco numero.

Riguardo a quelli, ne'quali concorre la scambievole volontà delle parti, il consenso solo e per se medesimo è impotente: vi si ricerca una forma, ed una natura meno spirituale, una manifestazione più rozza, e più sensibile, un vestimento, più materiale (ved. *Espos. General. del dr. rom.* n. 54). L'obbligazione non si contrae volontariamente tra le parti che pel pezzo di metallo, e la bilancia (*per aes et libram*), con le parole sacramentali che debbono esser pronunziate secondo lo scopo che ciascuno si propone. Così la medesima solennità simbolica, che serve a trasferire il dominio romano (ved. *Esposiz. General. del dr. rom.* n.° 70 e 78) serve eziandio a creare l'obbligazione del diritto civile, e questo atto porta il nome generico di *nexum*. « *Nexum*, dice Varrone seguendo il giureconsulto Scevola, *Mucius Scaevola scribit, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeterquam quae mancipio dentur* (1); » *Nexum*, dice Festo seguendo un altro giureconsulto, « *nexum est, ut ait Gallus Ælius, quodcumque per aes et libram geritur, idque necti dicitur, quo in genere sunt hæc: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio* » (2). « *Cum nexum faciet, mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto* (3) », così si legge ne' frammenti delle XII. Tavole. Sicchè la solennità si compone di due parti: della vendita fittizia per *aes et libram*, e delle parole solenni, o *nuncupatio* che fanno la legge de' contraenti. Ma come si può spiegare l'uso del pezzo di metallo, e della bilancia quando si tratta non già di alienare o impegnare una cosa, ma solamente di formare un' obbligazione? Questo c' induce a credere che anticamente non si riconoscevano altre obbligazioni volontariamente formate tra le parti, che quelle le quali erano la conseguenza e come il prezzo della *dazione* di una cosa trasferita secondo il diritto dei romani (*re obligatio*); e quelle che eran formolate come legge di cosiffatta *dazione*

(1) Varrone *De lingua latina* lib. VI. § 5.
(2) Festo alla parola *Nexum*, Cicerone *Pro Mur.* 2. — Ved. anche *Gaio Com.* 3. § 173. — Ed alcune tracce dell'espressione nel *Digesto* 42, 4, 1, § 4, *f. Ulp.* — 49, 14, 22, § 1, *f. Marcian. etc. etc.*
(3) Festo alla parola *Nuncupata*.

(*legem mancipii dicere*). (1) La bilancia ed il pezzo di metallo dato in pagamento, che forse a principio seriamente intervennero, per pesare il metallo, per operare la *dazione* romana di cui l' obbligazione era il prezzo, furono eziandio adoperati in un modo puramente simbolico nel solo scopo di contrarre un' obbligazione, non altrimenti che in tanti altri casi erano del pari fittiziamente adoperati.

Col tempo si tolse via la necessità di far figurare l'*aes et libra* ne'casi in cui non si avea realmente a fare alcuna vendita, o impegno delle cose; si tenne per compiuta la solennità simbolica *per aes et libram*, e si ritenne solamente la *nuncupatio*, cioè le parole solenni; si tenne il metallo per pesato e dato, e le persone si obbligarono per le sole parole solenni, come se effettualmente il metallo fosse stato pesato e dato. Per questo modo si giunse alle obbligazioni contratte per parole col mezzo di formole sacramentali (*verbis obligatio*). Questa è la prima derivazione del *nexum*, e nello stesso modo procedetter le cose eziandio pel testamento *per aes et libram* (Vol. 1. p. 340).

Di poi quando i mezzi grafici furono introdotti e diffusi, quando fu stabilito l'uso, che ciascun cittadino avesse i suoi registri (*codex accepti et depensi*), questo registro entrò nel diritto civile de' romani; su questi registri si dichiarò con certe determinate parole, che si teneva per pesato e dato il metallo, che la solennità *per aes et libram* si teneva per adempiuta; e questa iscrizione costituì non solamente un mezzo di pruova, ma una solennità, una forma civile d'obbligazione. In tal guisa si giunse alle obbligazioni contratte per iscritto (*literarum obligatio*). Questa è la seconda derivazione del *nexum*.

Finalmente il diritto civile diede adito al diritto delle genti; esso confermò ed ammise come legali ed obbligatorie quattro specie di convenzioni, che sono di frequente uso nella vita, o le cui conseguenze sono generalmente conosciute e regolate dall'equità e dalla buona fede naturale: la vendita, la locazione, la società, il mandato, le quali non sono, come i precedenti modi di obbligazione, esclusivamente proprie ai cittadini romani, ma possono aver luogo eziandio con gli stranieri (*consensu obligatio*).

Questi diversi casi di obbligazioni formate per effetto della scambievole volontà delle parti, e riconosciute dall'antico diritto civile costituiscono ciò che addomandasi contratti (*contractus*).

Tale è la gradazione per la quale procedè in questa materia il diritto romano; essa è in tutto conforme all' andamento della civiltà: 1° il *nexum* o solennità *per aes et libram*, metallo pesato e dato in pagamento, alienazione reale o finta della cosa secondo il diritto de' Quiriti con la legge di quest'alienazione: cioè il simbolo materiale, la riunione della pantomima e delle formole sacramentali; 2° le sole formole sacramentali; 3° la scrittura investita d'un carattere civile sopra un registro speciale e, per così dire, consacrato, 4° da ultimo il semplice consentimento tanto pei cittadini, quanto per gli stranieri, ma solamente in quattro casi. Con questa osservazione, che per le obbligazioni, le quali sono la conseguenza dell'alienazione o impegno effettivo di una cosa, la mancipazione col tempo andò via, e fu sostituita dalla semplice tradizione. Quì si arresta il diritto civile; dipoi il diritto pretorio ed anche più tardi il legislatore posteriore, e le costituzioni imperiali danno effetto e forza obbligatoria ad alcune altre convenzioni particolari, le quali tutte rimangono sempre estranee alla denominazione di *contratti*.

Tutto questo riguarda le obbligazioni formate per effetto della scambievole volontà delle parti. Riguardo alle altre, il diritto civile primitivo determinò e spezialmente regolò un certo numero di casi, ne'quali un' obbligazione risulta dal pregiudizio recato ad altri, sia con rea intenzione, sia involontariamente, ma a torto. Così noi troviamo ne'frammenti delle XII. Tavole tre casi di questa natura: il furto (*furtum*), il danno (*damnum*), l'ingiuria (*injuria*). Questi casi di atti nocivi specialmente preveduti dal diritto civile come atti a produrre un'obbligazione, e muniti di un' azione costituiscono ciò che chiamasi malefizio (*maleficium*), delitto (*delictum*), o secondo l' antica frase *noxa* (2). Di poi il diritto pretorio a quei casi specialmente determinati dal diritto civile ne aggiunse alcuni altri dello stesso genere.

Dunque secondo il diritto civile primitivo vi ha due fonti di obbligazioni; ed a questo accenna Gaio quando scrive: « *O-*

(1) Cicer. Topic. *10. De offic. III, 6.* — V. anche un vestigio di questa frase. *Legem mancipii dicere* al dig. 50, 17 73, *f. M. Scaevol.*

(2) *Noxae appellatione omne delictum continetur.* c *D. 50, 16, De verb. signif. 238.* § *3. f. Gai.; e 131. pr. f. Ulp.*

bligationum summa divisio in duas species deducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto (1).

E quando la giurisprudenza viene a riconoscere altri casi di obbligazioni, che non costituiscono veramente nè un contratto, nè un delitto, questi tuttavia si riducono e si assomigliano alle due fonti primitive; si dice che questi sono come delle svariate figure di quelle legittime cause di obbligazioni (*variae causarum figurae*); che l' obbligazione nasce come nascerebbe da un contratto (*quasi ex contractu*), o come nascerebbe da un delitto (*quasi ex delicto*). Ed ecco perchè Gaio in un'altra opera esprime in generale le cause delle obbligazioni a questo modo: « *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* (2). Ovvero suddividendo quest'ultimo fonte: *ex contractu, ex maleficio, quasi ex contractu*, e *quasi ex maleficio*.

Del resto bisogna aggiungere: senza annoverar le obbligazioni che risultano dalle relazioni tra le persone nella costituzione della famiglia, e della società, e che la legge da se medesima impone (*obligationes quae ex lege nascuntur*). Ciò non ostante noi vedremo che i giureconsulti romani facevano rientrar anche queste per la maggior parte nella classe delle obbligazioni nate *quasi ex contractu* (3).

Per queste nozioni preliminari trovasi sufficientemente spiegato il paragrafo che segue:

II. *Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est ut de iis quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aeque quatuor sunt species, aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.*

2. La seguente divisione le divide in quattro sorte, perciocchè le obbligazioni nascono o da contratto, o quasi da contratto; o da delitto, o quasi da delitto. È adunque ben fatto che noi ragioniamo prima delle obbligazioni che nascono da contratto. E queste son di quattro sorte, perchè o si formano per la cosa, o per parole, o per lettere, o per consenso, delle quali tutte facciamoci a trattare.

De' contratti. Delle convenzioni o patti.

In questo luogo abbiamo a trattar la materia non più solamente secondo il diritto civile, ma secondo la giurisprudenza romana in tutto lo svolgimento che l'introduzione delle idee filosofiche e del diritto delle genti le ha dato. Queste idee si sono estese, la lingua giuridica si è modificata ed accresciuta.

Convenzione (*conventio*), o patto (*pactum, pactio*), sono parole generiche le quali dinotano il concorso di volontà di due o più persone sopra una medesima faccenda. « *Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensu* », dice Ulpiano (4). In diritto, non si tratta che di convenzioni intervenute sopra un affare giuridico, cioè sopra un diritto da creare, da modificare, o da estinguere.

Si distingue dal patto o dalla convenzione la semplice promessa precedentemente fatta da una delle parti, e non ancora accettata dall' altra, che i romani chiamano: *pollicitatio*: « *pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum* (5) ». La semplice promessa non produce legame di diritto che in alcuni casi tutto eccezionali e privilegiati (6).

Il nome di contratto (*contractus*) è riservato alle convenzioni spezialmente riconosciute come obbligatorie, e munite d'un'azione per l' antico diritto civile dei romani (7).

(1) *Gai. Comm. 5, § 88.*

(2) *D. 44, 7, 1, pr. f. Gai.*

(3) Modestino non ha seguito il metodo di classificazione storica, ma una enumerazione assai confusa, indicando a questo modo le cause di obbligazioni: « *Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque; aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato.* « (D. 44, 7, 52, f. Mod.).

(4) D. 2. 14. *De pactis* 1. § 2. f. Ulp. — Il medesimo giureconsulto ci dà l' etimologia delle due voci in questo modo: « § 1. *Pactum autem a pactione dicitur, inde etiam pacis nomen appellatum est.* § 3. Conventionis *verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi, transigentique causa consentiunt qui inter se agunt; nam sicut* convenire *dicuntur qui ex diversis locis in unum colliguntur, et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt* ».

(5) *D. 50, 12, 5, pr. f. Ulp.*

(6) Un titolo speciale del Digesto è consacrato a questa materia, 50, 12. *De pollicitationibus.*

(7) *Juris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.* — § 1. *Quae pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus.*« (Dig. 2, 14, 7, pr. e §§ 1. e seg. f. Ulp.) — In un senso più stretto Labeone applica per eccellenza il nome di contratti a quelli solamente ne'quali vi è obbligazione reciproca tra le parti, quelli cioè che si addomandano *contratti sinallagmatici*: « *Labeo libro primo Praetoris urbani definit... contractum... ultro citroque obligationem, quod Graeci* συνάλλαγμα vocant.» (D. 50, 16, 19. f. Ulp.).

Tutte le altre conservano il nome generico di convenzioni, o patti (*pacta*) intanto che, quantunque alcune sieno state rendute obbligatorie, e munite di azioni sia per un diritto civile più nuovo, cioè quello degl'imperadori, sia pel diritto pretorio, non sono per questo meno rimaste estranee alla denominazione di contratti propriamente detti, e comprese nella classe generale de' patti, o convenzioni. A rigore di principi, e secondo lo stretto diritto civile i patti non producono obbligazione. Non pertanto parecchi accidenti possono, come vedremo, modificar questo rigore, e dare ai patti varî effetti giuridici.

Trattiamo in prima de' contratti. Il testo esponendo successivamente quelli che si formano *re*, *verbis*, *litteris*, e *consensu*, ha seguito precisamente nel suo ordine di esposizione l'ordine storico, nel quale, secondo ogni probabilità, sono stati ammessi dal diritto civile.

TITULUS XIV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

TITOLO XIV.

IN QUAL MODO LE OBBLIGAZIONI SI CONTRAGGONO PER LA COSA.

Nel senso più generale si dice che un'obbligazione è formata *re* per la cosa, quando è la conseguenza d'un fatto materialmente compiuto, dal quale risulta che una delle parti ha in sua mano la cosa dell'altra, o si è arricchita della cosa dell'altra, o ha per sua colpa recato danno all'altra. In questo senso si dice che ne' delitti l'obbligazione è formata *re* (1); il medesimo si può dire ne' casi di obbligazioni nate quasi *ex contractu*, o *quasi ex delicto* (2) Questa è la fonte generale più copiosa delle obbligazioni.

Ma per non dire che de' soli contratti i quali formano per ora l'oggetto esclusivo del testo, faremo avvertire, che ve ne ha quattro, la cui natura è così fatta, che quantunque vi sia accordo o concorso di volontà tra le parti, pure l'obbligazione principale ed essenziale che li contradistingue non può altrimenti nascere che in quanto vi sia stata prestazione o consegna della cosa. Questi sono il *mutuum* che noi chiamiamo di consumo, il *commodatum* detto da noi prestito ad uso, il deposito (*depositum*), ed il pegno (*pignus*). E la ragione è semplicissima ed irresistibile: ed è che in questi contratti l'obbligazione essenziale e caratteristica è quella di rendere: or non vi può esser quistione di rendere se non in quanto precedentemente si sia *ricevuto*. Non solamente nel diritto romano, ma in qualunque legislazione questi tali contratti non esisteranno mai altrimenti che per la cosa (*re*). Questi nel nostro linguaggio, ma non già in quello del diritto romano son denominati *contratti reali*.

Nel tempo antico del diritto civile dei romani, quando le obbligazioni si contraevano *nexu* col pezzo di metallo e colla bilancia (*per aes et librum*), questi contratti non si formavano solamente con la semplice tradizione della cosa, ma doveasi inoltre osservare la solennità simbolica. E però noi sappiamo che nel *mutuum* (secondo la frase antica *aes creditum*), benchè si trattasse di cose *nec mancipi*, interveniva la bilancia, ed il pezzo di metallo o per pesarsi realmente, o come simbolo di quel tempo in cui non essendo inventata ancora la moneta, il metallo si valutava a peso (3), e questo *nexum*, questo pesarsi del metallo dato in pagamento fu il tipo primitivo e particolare, onde derivarono le altre forme di obbligarsi per parole, o per iscritto. Noi sappiamo che nel *depositum* e nel *pignus* quantunque non si trattava di trasferir realmente il dominio romano, pure interveniva egualmente l'*aes et libra*, la mancipazione (4). Ma in prosiegue di tempo il consenso, e la semplice tradizione o prestazione delle cose bastarono per formare cosiffatti cotratti.

La parola *credere* (credere, confidare) era generale, come già abbiam detto e si estendeva a tutti i casi, ne' quali una persona trattava con un'altra affidandosi alla sua fede per ricevere più tardi qualche cosa da lei in forza di questo contratto. Nondimeno più specialmente applicavasi ai quattro contratti, de' quali stiamo ragionando, e che presentano più chiaramente questo carattere di confidenza; e però il pretore sotto il titolo *de rebus creditis* trattava nel suo editto del *mutuum*, del comodato, e del pegno. Ma anche più

(1) *D. 44, 7, 4, f. Gai.* — *Inst. 4, 1, pr.*
(2) *D. 44, 7, 46, f. Paul.* —E qui appresso § 1. del nostro medesimo titolo.
(3) *Gai. Com. 1.* § *122.*
(4) *Gai. Com.* 2. § *60.* — Ved. anche Varrone *de lingua latin.* IV. Festo alle parole *Nexum*, *Nuncupata.*— Sant Isidoro di Siviglia nei suoi *Libri delle origini, o etimologie* v. 25 *Fiducia.*

particolarmente la locuzione di *res credita* era adoperata pel caso del *mutuum* (1).

Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. Mutui autem datio iis rebus consistit, quae pondere, numero, mensurave constant, *veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus*, ut accipientium fiant. *Et quandoque nobis non eaedem res, sed aliae ejusdem naturae et qualitatis redduntur; unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datur*, et ex meo tuum fiat. *Et ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur* condictio.

L'obbligazione si contrae per la cosa, per esempio, dando in mutuo. Il mutuo poi si applica a quelle cose che *si pesano, si numerano, o si misurano*, come sarebbe il vino, l'olio, il frumento, la moneta, il rame, l'argento, l'oro; le quali cose numerate, misurate o pesate noi diamo, acciocchè *divengano di colui che le riceve*. E perchè poi ci si rendono non le medesime cose, ma altre della medesima natura e qualità, di qui è che questo prestito è chiamato mutuo; perciocchè io ti do alcuna cosa acciocchè *di mia divenga tua*. E da questo contratto nasce l'azione che si chiama *condictio*.

Quae pondere, numero mensurave constant. Noi abbiam già definito questa classe particolare di cose; ed abbiam detto che possono stare, o *funzionar* perfettamente l'una in luogo dell'altra, dond'è venuto il barbarismo di cose fungibili (*fungibiles vel non fungibiles*) il quale non appartiene nè al diritto, nè alla lingua dei romani. Noi sappiamo che questa distinzione non si riduce in realtà che a quella delle cose considerate nel loro genere (*in genere*), o nel loro individuo (*in specie*), e che quantunque vi sieno delle cose, le quali per loro natura fisica si considerano piuttosto di una maniera che di un altra, pure l'intenzione delle parti può deciderne altramente (*General. del dr. rom* n. 47). Nel *mutuum* le cose son sempre considerate *in genere*.

Ut accipientium fiant. Questo è il carattere essenziale del *mutuum*; le cose prestate son trasferite in proprietà. Dal che si deduce che il prestatore debb' esserne proprietario, ed aver la facoltà di alienare (2). Se non si verifica questa doppia condizione, quale ne sarà l'effetto? Le cose prestate non saranno alienate, l'obbligazione risultante dal *mutuum* non avrà luogo: il proprietario avrà sempre l'azione reale, cioè la *rei vindicatio*; salvo l'azione personale che nascerà contro colui che ha ricevute le cose, per il consumo che ne avrà fatto di buona o di mala fede secondo che di già abbiamo spiegato (V. I, p. 314) riguardo alle cose date in mutuo dal pupillo senza autorizzazione del tutore (3).

Ut ex meo tuum fiat. Questa etimologia vera o falsa che sia indica il carattere principale del contratto. Varrone (*De ling. lat.* lib. IV.) fa derivare *mutuum* dalla parola greca μοῖτον. *Mutuum* nella sua primitiva e propria significazione non indica il contratto, ma la cosa prestata; il contratto vien nominato *mutui datio*. Il medesimo dee dirsi eziandio delle espressioni *commodatum, depositum, pignus*.

Condictio. L'azione che nasce dal *mutuum* è la *condictio certi* sulla quale noi dovrem ritornare trattando delle azioni. Noi sappiamo per le nozioni finora acquistate che la parola *condictio* è un' espressione generale per certa azioni personali (*in personam*), per le quali sosteniamo che alcuno sia obbligato verso di noi a trasferire in proprietà, o a fare (*dare, facere oportere*) (4); sappiamo che la *condictio* prende il nome di *condictio certi* quando ha per oggetto una cosa certa, e determinata, e che questa si applica a diversi casi, tra' quali per eccellenza trovasi il *mutuum*, perciocchè l'attore sostiene che il prestatario è obbligato di trasferirgli in proprietà delle cose di tal genere, e di tal qualità, nel tal peso, numero, e misura (V. I, p 314). Il mutuo adunque non è munito d'un'azione speciale, ad esso esclusivamente consacrata, ma riceve l'applicazione d'un'azione generale e comune a molti altri casi.

Al contratto di mutuo si rannoda la disposizione del senato-consulto *Macedoniano*, di cui più appresso avremo a ragionare (Inst. 4, 7, § 7.) pel quale fu ordinato che chiunque prestasse del danaro ad un

(1) « Rerum creditarum *titulum praemisit* (praetor); *omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus complectitur; nam ut lib. 1. Quaestionum Celsus ait*, credendi *generalis appellatio est. Ideo sub hoc titulo praetor et de commodato, et de pignore edixit; nam cuicumque rei adsentiamus alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu* credere dicimur. Rei *quoque verbum, ut generale praetor elegit*». (D. 12.1. De rebus creditis 1. f. Ulp.). — « Creditum *ergo a* mutuo *differt qua genus a specie; nam creditum existit extra eas res quae pondere, numero, mensura continentur: sicut, si eamdem rem recepturi sumus, creditum est* « (D. ivi 2. § 3. f. Paul.)—» *Verbis quoque credimus quodam actu ad obligationem comparandam interposito: veluti stipulatione*. (Ivi 2. § 5. f. Ulp.).

(2) *D. 12, 1, 16. f. Paul.* (3) *Ivi 12, § 1, f. Jul.*

(4) *Gai. Com. 4, § 5.—Inst. di Giustin. 4, 6, § 15.* — Ved. *General. del. dr. rom.* n. 96.

figliuolo di famiglia senza il consentimento del capo, non avrebbe altrimenti azione per chiederne la restituzione.

A questo contratto eziandio storicamente si riferisce, non in modo esclusivo, ma per una frequente relazione, quell'impegno che ha un posto sì notabile nella storia romana, e che fu l' occasione di tanti turbamenti e discordie tra i patrizî, ed i plebei, di tanti provvedimenti politici, o legislativi (1): cioè l'impegno assunto dal debitore di pagare gl' interessi. Chiamasi capitale (*sors*, *caput*) l'ammontare dell'obbligazione principale; ed interessi (*foenus*, *versura*, e più recentemente *usurae*).

Siccome l' obbligazione che nasce dal *mutuum* si forma *re* per la cosa, e sta nel dover *rendere* quello che si è ricevuto, è manifesto ch' essa non può comprendere gl'interessi, i quali sono un oggetto al tutto nuovo, un accrescimento a quello che effettualmente si è dato. Se le parti vogliono che sian dovuti gl'interessi, vi bisogna per questo un impegno particolare del debitore, una promessa speciale mediante stipulazione (2); ed allora gl'interessi son dovuti non per vigore del mutuo ma in forza di questa particolare e distinta causa di obbligazione; e ciò è importante a notare. Del resto anche fuori del mutuo e delle stipulazioni speciali, dalle quali potrebb'essere accompagnato, e qualunque sia la causa dell'obbligazione principale, vi sono varie circostanze, nelle quali possono esser dovuti gl'interessi per vigor della convenzione delle parti, ovvero per forza di clausole testamentarie, o di disposizioni della legge.

Questa è una materia importante, alla quale più in là consacreremo un esame particolare.

I romani sotto il nome di *trajectitia pecunia*, *nautica pecunia*, intendevano il prestito che noi oggidì chiamiamo prestito a tutto rischio, o semplicemente a rischio (3); col quale prestito, la somma mutuata, o le mercanzie comprate con tal somma son destinate ad essere trasportate per mare, e da ciò l'epiteto di trajectitia (*quae trans mare vehitur*), in modo che il creditore ne corre il rischio dacchè la nave parte finchè giunge al suo destino (4). Questi rischi possono cadere ancora sulla nave, o sopra taluni oggetti di questa, o del carico, che son sottoposti al pegno o al pagamento del credito (5). Questo è una specie di *mutuum*, modificato dalla convenzione aleatoria che accompagna il contratto.

I pericoli della perdita essendo maggiori quì che nel *mutuum* ordinario, la misura degl'interessi può essere più elevata (6).

Intanto questi interessi (*nauticum foenus*, *usurae maritimae*) non eran dovuti di pieno diritto, vale a dire pel solo effetto del prestito, ma per convenzione speciale delle parti: però siccome questo contratto per sua natura era destinato a provvedere a' bisogni della navigazione e del commercio, ed in conseguenza ad aver frequenti relazioni col diritto delle genti, così la consuetudine marittima e la giurisprudenza non erano così severi in questo, come nel semplice *mutuum*: non era necessaria la stipulazione per esser dovuto questo interesse marittimo: bastava il semplice patto (7).

1. *Is quoque qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ab eo condici potest si* paret eum dare oportere, *ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione, magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is qui solvendi animo dat, magis distrahere voluit negotium, quam contrahere.*

1. Parimente colui che riceve da alcuno che paga per errore quel che non è dovuto, s' obbliga per la cosa, ed all' attore è data per ridomandare il pagato l'azione *condictitia* contro di lui. Perciocchè *se apparisce che egli debba restituire*, gli può esser richiesto il pagato non altrimenti che se l' avesse ricevuto in presto. Laonde il pupillo, se senza autorità del tutore gli si è dato per errore quel che non gli era dovuto, non è tenuto della *condictio* dell' indebito più che non sarebbe tenuto per dazione d' impresto. Ma egli pare che questa sorta di obbligazioni non nasca da contratto; essendochè colui che dà con animo di pagare lo fa per disciogliere l'obbligazione, e non per farla nascere.

Questa materia non appartiene ai contratti, ma sibbene alle obbligazioni che si formano *quasi ex contractu*; perciocchè

(1) *Tacit.* Ann. *lib. VI. cap. 16. — Tit. Liv. VI, 35, e 59; VII, 27, 16, e 42.*

(2) *D. 19, 5, 24, f, Afr. — Cod. 4, 32, 5, const. Sever. ed Anton, — 22, const. Philip.*

(3) *D. 22, 2. e Cod. 4, 33, De nautico foenere nov. 106, e 110.*

(4) *Dig. iv: 3, fr. Modest. 4, fr. Papin. e 6, fr: Paul. — Cod. iv. 1, e 4, Cost. Diodez. e Massim.*

(5) *Dig. iv. 6, fr. Paul.*

(6) *Paul. Sentent. 2, 14,* §5, *— Cod. 4, 32, 26, cost. Justin.*

(7) *Dig. iv. 3,* § *1, fr. Scevol. e 7, fr. Paul.*

non vi è concorso di volontà nello scopo di contrarre obbligazione: noi dunque ci riserbiamo a trattarne più appresso.

III. *Item is cui res aliqua utenda datur id est commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione. Sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat; namque non ita res datur, ut ejus fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum, hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. At is qui utendum accepit, sane quidem* exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur; *nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire; sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, si modo non hujus ipsius culpa is casus intervenerit. Alioquin si id quod tibi commodatum est domi, peregre tecum ferre malueris, et vel incursu hostium praedonumve, vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si, nulla mercede accepta vel constituta, res tibi utenda data est; alioquin mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur;* gratuitum enim debet esse commodatum.

2. Similmente colui al quale è data qualche cosa, perchè egli l'usi, cioè in *comodato* si obbliga per la cosa, ed è tenuto per azione di comodato. Ma questi è molto differente da colui che ricevè in prestito, poichè non se gli dà quella tal cosa acciocchè divenga sua, e però egli è tenuto alla restituzione della medesima cosa. Inoltre colui che prese a mutuo se per qualche caso fortuito avrà perduto quel ch'ei ricevette, come per incendio, rovina, o naufragio, ovvero per assalimento di nemici, o di ladri, con tutto questo resta obbligato. Ma colui che ricevette per comodato, è obbligato di avere diligentissima cura a custodire la cosa prestata, nè gli basta aver usata tanta diligenza quanta egli è solito avere alle cose sue proprie, ogni volta che si trovi un altro, che avrebbe con più diligenza potuto guardarla. Però non è tenuto per forza maggiore o casi fortuiti non avvenuti per sua colpa: che se quello che ti è dato in comodato per tenerlo a casa tu vogli portar teco in viaggio, e ti sia tolto per assalimento d'inimici, o di ladri, o lo perdi per naufragio, non è dubbio alcuno che tu sei tenuto alla restituzione. E s'intende esser propriamente data a comodato una cosa, se quella ti è data acciocchè tu l'usi senza aver ricevuta o promessa mercede niuna; altrimenti, intervenendo mercede, egli pare che l'uso di quella tal cosa ti sia stato piuttosto locato, che altro; perciocchè il comodato debb'esser gratuito.

In questo contratto le cose son considerate *in specie*, come corpo certo e determinato. Colui che toglie in prestito (*qui commodatum accepit*) dee restituire identicamente l'oggetto, il medesimo corpo ch'egli ha ricevuto (*species*). Il prestatore (*commodans*) non gliene ha trasmesso nè la proprietà nè il possesso; il comodatario non ritiene altrimenti la cosa che a nome del comodante, per lui, ed in certa guisa come strumento di lui. « *Rei commodatae et possessionem, et proprietatem retinemus* ». — « *Nemo enim commodando rem facit ejus, cui commodat* » (1).

E però l'obbligazione, e per conseguente l'azione del comodato ha luogo, quantunque colui che ha prestato le cose non ne sia il proprietario. « *Commodare possumus etiam alienam rem quam possidemus, tam etsi scientes alienam possidemus. Ita ut etsi fur, vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem* » (2).

Si le cose mobili (*res mobiles*) come le immobili (*res soli*) possono essere l'oggetto di un comodato (3). Quelle dalle quali per ordinario non si ritrae altrimenti utilità che consumandole non possono essere oggetto di commodato se non in quanto sieno state considerate dalle parti come corpi certi e determinati (*in specie*), e prestate soltanto per mostra ed ostentazione (*ad pompam vel ostentationem*): o per altra qualsivoglia utilità da ritrarne, senza però consumarle (*Esposiz. General, del dr. rom.* p. 32) « *Non potest commodari id quod usu consumitur; nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat* (4) ».

L'obbligazione principale di chi ha ricevuto la cosa in comodato è di restituire, ma solamente dopo che è servita all'uso pel quale si è data (5). Oltre a ciò egli dee accuratamente conservarla.

Exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur. Il testo ci fa comprendere abbastanza che qui non bisogna aver riguardo all'indole abituale del comodatario, ma a quel che farebbe un buon padre di famiglia, un uomo diligentissimo. Gaio distingue anche meglio siffatta obbligazione. « *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit* (6) ». Ed Ulpia-

(1) *D. 13, 6. Commodati vel contra. 8, fr. Pomp. e 9, fr. Ulp.*

(2) *D. 13, 6. commodati vel contra 13, fr. Paul. e 16, fr. Marcel.*

(3) Quantunque Labeone non applicasse spezialmente il nome di comodato che al caso di cose mobili (*Dig. 13. 6, 1, § 1, fragm. Ulpian.*)

(4) *D. 13, 6, 5, § 6, fr. Ulp.* — « *Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae ut dicis gratia numerationis loco intercedant* ». Ivi 4, fr. Gai.

(5) *D. 13, 6, 18, pr. fr. Gai.*

(6) *D. 13, 6, 17, § 3, fr. Paul.*

no ne arreca la ragione, ed è che il contratto ordinariamente è fatto nel solo interesse del comodatario: « *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur, et ideo verior est Q. inti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam* (1) ». Adunque il comodatario risponde non solamente del suo dolo, ma di ogni colpa (*culpa*), di ogni disattenzione o mancanza di cura (*diligentia*), Egli ha il debito di guardare la cosa : « *Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare* (2) ». Solamente il caso fortuito è fuori la sua responsabilità, e si noti che qui si tratta di que' soli casi fortuiti che non si possono prevenire, ai quali, come dice Gaio non si può resistere (*quibus resisti non potest*). Così egli risponderà del furto commesso senza violenza, perchè egli è tenuto di guardare la cosa (*custodia*) (3); ed eziandio de' casi irresistibili, se per sua colpa le cose vi si trovarono esposte, come il testo ce ne dà un esempio, supponendo che il comodatario abbia portato seco in viaggio quel che gli era stato prestato per usarne a casa (4). Finalmente in questi pericoli di forza maggiore egli risponderà delle cose prestate eziandio se le ha lasciate perire per salvare le sue: « *Nisi forte cum posset rem commodatam salvam facere, suam praetulit* (5) ». Del resto egli non dee impiegare la cosa in altro uso, che in quello pel quale gli è stata prestata: altrimenti commetterebbe un furto di uso ed in conseguenza ne sarebbe risponsabile (6).

Gratuitum enim debet esse commodatum. Questa è una condizione essenziale del comodato, senza di che esso degenera in un' altra convenzione: cioè in un contratto di locazione, se il prezzo consiste in danaro; ed in un semplice patto, se si tratta di qualunque altra ricompensa (7). Questo è importante soprattutto in diritto romano, perchè allora si ricade in altre regole, ed altre azioni. Questo principio però non impedisce che il comodato non possa talvolta aver luogo nell' interesse del prestatore, e di colui che toglie al prestito. Gaio ne propone il caso, che avendo voi ed io invitato un amico comune ad un pranzo, di cui voi solo vi avete tolto il carico, io vi abbia prestato l' argenteria (8). O anche nell'interesse esclusivo del comodante: Ulpiano allega il caso in cui alcuno presti degli oggetti alla sua fidanzata, o sposa, affinchè ella più splendidamente, e meglio ornata sia condotta nella casa conjugale (*ad domum viri deducta*); e quello in cui un pretore dando de' giuochi presti degli oggetti agli attori per rappresentare la loro parte sulla scena (9). In questi casi la risponsabilità di chi ha ricevuto le cose è più ristretta; ed egli risponde solamente del suo dolo, e delle colpe gravi (*lata culpa*) che sono assimigliate al dolo.

Nella lingua del nostro diritto dalla locuzione generale *praestare*, somministrare, far prestazione, si è dedotta la denominazione di prestito, che si è renduta particolare, ed è rimasta propria e comune ai due contratti di mutuo e comodato, non ostante le differenze caratteristiche che li distinguono e separano.

III. *Praeterea et is apud quem res aliqua deponitur re obligatur et actione depositi; quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur si quid dolo commiserit; culpae autem nomine, idest desidiae et negligentiae non tenetur. Itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suae facilitati id imputare debet.*

3. Colui, appresso il quale è depositata qualche cosa è obbligato per la cosa, ed è tenuta per azione di deposito, perchè egli eziandio è tenuto alla restituzione di quella cosa medesima che ricevette. Ma egli è risponsabile solamente del suo dolo, non già della colpa, cioè della negligenza e pigrizia. Laonde non è tenuto, se gli sarà stata rubata la cosa per poca cura che ne abbia avuta; perciocchè quegli che dà in guardia qualche cosa ad un amico poco diligente, debbe dar la colpa non all'amico, ma alla sua troppa facilità.

Ulpiano definisce il deposito, e ne dà l'etimologia della sua denominazione in questi termini : « *Depositum est quod custodiendum alicui datum est. Dictum ex eo quod ponitur* (10) ».

Le cose in questo contratto sono eziandio considerate *in specie* come corpo certo e determinato. Il depositante (*deponens*) ne conserva la proprietà, ed anche il pos-

(1) *D. 13, 6, 5, § 2, fr. Ulp.*
(2) *Ivi § 5. — Paul. Sent. 2, 4, § 3.*
(3) *D. 13, 6, 10, § 1. fr. Ulp.*, combinato col *D. 47, 2, 78, fr. Pap.*
(4) Ved. anche *Paul. Sent. 2, 4, § 3.*
(5) *Paul. Sent. 2, 4, § 2. — D. 13, 6, 5, § 4, fr. Ulp.* (6) *D. 13, 6, 5, § 8. fr. Ulp.*—E qui appresso Inst. *4, 1, § 7. — D. 47, 2, 54, § 1.*
(7) *D. 3, 6, 5, § 12, f. Ulp.*
(8) *D. 3, 6, 18, p. f. Gai.*
(9) *Ivi 5, § 10, f, Ulp.*
(10) *D. 16, 3. Depositi vel contra 1; pr. f. Ulp.*

sesso: « *Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio* (1)». Così anche il danaro, quando nella convenzione si sia fatto un semplice deposito, debb' esser restituito identicamente (2).

L'obbligazione principale del depositario (*depositarius*) è di restituire. Egli dee far questa restituzione subito che il depositante la richiede, anche quando nel deposito si fosse indicato un termine; poichè questo termine sarebbe reputato essere statuito nell'interesse del depositante (3). La restituzione dee farsi nel luogo ove l'oggetto si trova tra le mani del depositario, qualunque sia stato il luogo del deposito, purchè in ciò non v'intervenga alcun fatto di dolo. « *Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est nihil interest* (4) ».

Inoltre il depositario è obbligato a guardare la cosa. A questo riguardo, il testo ci spiega abbastanza ch'egli risponde solamente del dolo; e ne dà la ragione, cioè che il depositante debbe recare a sua colpa d'avere scelto un depositario negligente, alla qual ragione bisogna aggiugnere quest'altra arrecata da Ulpiano che il deposito ha luogo nel solo interesse del depositante: « *Quia nulla utilitas ejus servatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus* (5) ». Nel dolo si comprende anche la colpa grave che i giureconsulti romani considerano come equivalente al dolo; ed in ciò bisogna aver riguardo al carattere particolare del depositario, perciocchè, se non ha usato nel guardare la cosa neppure quella cura, che pel suo carattere ordinario gli è abituale, egli ha ingannato il depositante (6). Per altro egli risponderebbe eziandio della semplice colpa (*non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam*) se ne avesse specialmente per convenzione assunto il carico, o se si fosse offerto egli medesimo per prendere il deposito (*si se deposito obtulit*) (7).

Il deposito ugualmente che il comodato è gratuito per essenza, poichè se si fosse convenuto un prezzo per la guardia degli oggetti, il contratto si tramuterebbe in locazione di opere, ed allora bisognerebbe attenersi alle regole ed alle azioni della locazione (8). Il depositario non può servirsi della cosa, ed altrimenti facendo commetterebbe furto dell'uso (9), salvochè non ne avesse espressamente o tacitamente ricevuta la facoltà. Ed in tal caso anche il contratto cambia di natura, e diviene secondo le circostanze o un comodato, o una locazione, o anche un mutuo, quando si tratti di cose *in genere* e si possa dire che la proprietà ne sia stata trasferita a colui che le ha ricevute (10).

IV. *Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur; quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur: et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris quo magis ei in tuto sit creditum*, placuit sufficere *quod ad eam rem custodiendam* exactam diligentiam *adhiberet: quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit securum esse, nec impediri creditum petere.*

4. Parimente il creditore che ha ricevuto un pegno è obbligato per la cosa, poichè egli è tenuto per azione pegnoratizia alla restituzione di quella medesima cosa che ricevette. Ma perchè il pegno si da per rispetto dell'uno, e dell'altro, cioè del debitore, perchè più facilmente gli sia affidato il danaro, e del creditore, acciò il suo credito sia più sicuro, per questo *piacque che bastasse* che il creditore avesse usata esatta diligenza a custodire quella tal cosa: che se non ostante questa diligenza, il pegno sia perduto per qualche caso fortuito, egli è sicuro, e non è impedito dal poter chiedere il credito.

Il pegno (*pignus*) si presenta nel diritto sotto due diversi aspetti, che bisogna accuratamente distinguere.

1° Sotto l'aspetto di diritto reale conferito al creditore sopra l'oggetto dato in pegno;

2° Sotto l'aspetto di contratto di legame personale, cioè di obbligazione formata tra il creditore con pegno, ed il debitore.

Sotto l'aspetto di diritto reale, del quale noi abbiamo di già indicato la indole (V. I. p. 55, e 285), il pegno non è trattato nelle Instituzioni che per occasione delle azioni che ne risultano (qui appresso l. 4 tit. 1, § 7), e si confonde con l'ipoteca (*hypotheca*); e questo diritto reale può

(1) D. *16, 3, 17, § 1, f. Florent.*
(2) *Ivi 24, f. Pap. e 1, § 36, f. Ulp.*
(3) *D. 16, 3, 1, §§ 43, e 46, f. Ulp.*
(4) *Ivi 12, § 1, f. Pomp.*
(5) *D. 13, 6, 5, § 2, f. Ulp.*
(6) *D. 16, 3, 32, f. Cels.*
(7) *D. 13, 6, 5, § 2, f. Ulp. — 16, 3, 1, § 35, f. Ulp.* (8) *D. 16, 3, 1, §§ 8, a 10, f. Ulp.*
(9) *Inst. 4, 1, § 6.*
(10) *D. 16, 3, 1, § 9. e 34, f. Ulp.—12, 1, f. 9, § 10, Ulp.—17, 1. 34, pr. f. Afric. — 47, 2, 76, pr. f. Pomp.*

conferirsi anche pel semplice consenso, senza niuna tradizione (1).

In questo luogo si tratta del pegno considerato come contratto, il quale contratto non esiste se non quando è segnata la tradizione della cosa (*re*), perciocchè l'obbligazione principale che lo costituisce è quella di restituire. Si possono dare in pegno tanto le cose immobili, quanto le mobili, benchè alcuni giureconsulti romani abbiano pensato che l'espressione di pegno propriamente parlando si applicasse solamente ai mobili (2). La cosa data in pegno continua ad appartenere al proprietario, il dominio non ne è alienato; nondimeno il creditore acquista sopra di essa quel diritto particolare che costituisce la sua garantia; e di più gli effetti del diritto di possesso si dividono tra lui e quello che ritiene il pegno (3); infatti il creditore acquista il diritto alle azioni, ed agl' interdetti possessori che debbono aver per iscopo di farsi mantener la cosa in suo potere (4): il che è come una conseguenza, ed una sanzione del suo diritto reale.

L'obbligazione principale del creditore è di restituire il pegno che ha ricevuto, ma solamente dopo l'intera soddisfazione del suo credito (5). Oltre a questo egli dee aver cura della conservazione della cosa; noi ora esamineremo col testo l'estensio di siffatta obbligazione.

Placuit sufficere exactam diligentiam. La nozione che in questo luogo il testo ci da intorno alla risponsabilità del creditore con pegno debbe rendersi compiuta con quelle che troviamo ne'frammenti de'giureconsulti. Quivi noi vediamo in più d'un luogo che il creditore è incaricato della conservazione, e della guardia (*custodia*) della cosa datagli in pegno: ch'egli risponde a questo riguardo non solamente del suo dolo, ma ancora delle sue colpe, e che per questo rispetto è assomigliato al comodatario; « *Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in comodato: venit et custodia: vis major non venit* (6) ». Così non basta di esaminare il suo carattere personale, ma si ha diritto di richieder da lui tutte le cure che un buono e diligente padre di famiglia userebbe nelle sue cose: « *Ea igitur quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet a creditore exiguntur* (7). In questo senso adunque si debbono intendere le parole del nostro testo *exactam diligentiam*, e questa è altronde la loro solita significazione: queste medesime frasi sono state qui sopra adoperate al §. 2.° nel caso del comodato. Non pertanto la compilazione del nostro paragrafo parrebbe indicare che siccome il contratto di pegno interviene non solamente nell' interesse del creditore, ma eziandio in quello del debitore, trovandovi uno la sicurezza, e l'altro il credito, così si dovesse esser meno severo riguardo al creditore con pegno, che riguardo al comodatario. Questa compilazione ha dato occasione ai comentatori di comporre una teoria sopra le colpe, che le divide in tre classi: la colpa grave (assomigliata al dolo); la colpa lieve (imputabile al creditore con pegno), e la colpa lievissima (imputabile al comodatario). Divisione metodica che non è ne'testi de'giureconsulti romani, e che in conseguenza noi non ammettiamo (8).

Azioni che nascono da'contratti formati (*re*) per la cosa.

Questi quattro contratti non sono nella stessa condizione per rispetto alle azioni che generano: il mutuo da una parte, e gli altri tre dall'altra cioè il comodato, il deposito, ed il pegno formano due classi ben distinte che si separano in diversi punti:

1.° Il mutuo, come abbiamo già detto, è munito non di un'azione speciale, ed esclusivamente propria, ma di un azione

(1) *D. 13, 7, De pigneratitia actione, vel contra, 1, pr. f. Ulp.* — Nondimeno il medesimo giureconsulto aggiugne: « Proprie *pignus dicimus quod ad creditorem transit: hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem* » 9, § 2, f. Ulpiano.

(2) *D. 50, 16, De verb. signif. 238, § 2, f. Gai.* « *Pignus appellatum a pugno: quia res quae pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus propria rei mobilis constitui* ».

(3) Ved. ciò che abbiam detto intorno a questa divisione degli effetti del diritto di possesso p. 226 nota 11, e 12.

(4) « *Pignus, manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem*». *D. 13. 7, 35, § 1, f. Florent.* —Ved. inoltre D. 10, 4, 3, § 15, *f. Ulp.* — *41, 3, 16, f. Javolen.*

(5) *Dig. 13, 7, 9, § 3, f. Ulp.* — *f. 11, § 5, e f. 4, § 1, Ulp.* — *33. f. Marcian.*

(6) *D. 13, 7, 13, § 1, f. Ulp.* — *Ved. anche 50. f. Paul.* — *50. 17, 23, f. Ulp.* — *E Cod. 4, 24,* de pigneratitia actione constit. 5 a 9.

(7) *D. 13, 7, 14, f. Paul.*

(8) Noi ritorneremo su questo argomento quando avremo esposte le regole de'contratti in numero bastante per generaleggiare.

generale comune a molti altri casi: la *condictio certi* (1); per contrario il comodato, il deposito, ed il pegno hanno ciascuno un'azione tutta speciale, e designata dal suo proprio nome: *actio commodati*, *actio depositi*, *actio pigneratitia*, *actio depositi sequestrataria*.

2.° La *condictio* è derivata da un'antica azione della legge (Ved. *Espos. General. del dr. rom.* p. 59), che prende la sua origine nell'antico diritto civile de'romani, e che ricevendo le successive modificazioni proprie a questa maniera di istituzioni, dal sistema delle azioni della legge passò in quello delle formole, e da ultimo nella procedura straordinaria. Essa prese il nome di *condictio certi* quando si trattava d'una cosa certa e determinata, per contrapposto alla *condictio incerti* introtrodotta più tardi. Essa ha conservato sempre il suo antico carattere, ed è un'azione eminentemente di stretto diritto (*stricti juris*). Le azioni *commodati*, *depositi*, *pigneratitia* al contrario sono azioni di buona fede (2).

3.° Da ciò segue che il mutuo è stato sempre considerato da'romani come un contratto che produce obbligazione per una sola parte (il che noi chiamiamo contratto unilaterale), e questo è un carattere al tutto particolare e ben notabile, comune a tutti i contratti di stretto diritto civile. Solo colui che ha ricevuto le cose in mutuo (anticamente mediante il pezzo di metallo, e la bilancia e pronunziando le parole solenni) egli solo è legato verso l'altro; ed è legato per una cosa certa e determinata, alla quale il giudice non può nè aggiugnere, nè togliere, e che non può estimare per alcuna considerazione di equità; adunque la *condictio certi* si dà contro lui solo, e per questa cosa solamente. Può avvenire che il prestatore nel dargli la cosa abbia commesso qualche atto imputabile, per esempio, gli abbia dato di mala fede delle cose nocive, le quali gli han recato danno, pur nondimeno, bisognerà ricorrere ad altre azioni, come sarebbe all'azione di dolo, a quella della legge Aquilia, secondo i casi; ma il contratto, e la *condictio certi* non sono di niun uso per questo. Parimenti il comodato, il deposito, ed il pegno non obbligano da principio e pel solo effetto della consegna della cosa, e della convenzione che una sola persona, quella che ha ricevuta, e che si trova immediatamente obbligata a conservare e restituire. Ma può accadere che più tardi per qualche fatto accidentale, e posteriore (*ex post facto*), per esempio a cagione delle spese che avrà fatte per la conservazione della cosa, o a cagione del dolo, o della colpa di colui che ha data la cosa, egli abbia giustamente a richiedere qualche cosa contro quest'ultimo. Siccome le azioni *commodati*, *depositi*, *pigneratitia* sono di buona fede, il giudice potrà tener conto di queste tali cose che si richieggono; ovvero il comodatario, il depositario, il creditore con pegno avranno, per attaccar l'altra parte e per farsi ristorare del danno, un'azione *commodati*, *depositi*, *pigneratitia*; ma per distinguere queste due azioni, a quella del comodante, del depositante, e di colui che ha dato il pegno si dà il nome di *actio directa commodati*, *depositi* o *pigneratitia*, perchè essa discende *direttamente* ed immediatamente dal contratto; ed all'altra il nome d'*actio contraria* (3). Del resto il valore dell'azione contraria non è assolutamente il medesimo ne' tre contratti. Il comodante per l'*actio comodati contraria* è tenuto solamente del suo dolo, e della colpa grave assomigliata al dolo (4), ed inoltre dell'indennità per le spese, tranne quelle che son modiche, ovvero son la conseguenza naturale dell'uso conceduto al comodatario (5); il depositante poi, e quegli che ha dato il pegno son tenuti non solo del dolo, ma anche della semplice colpa, perchè essi trovano il loro utile nel contratto (6), e debbono restituire tutte le spese di conservazione (7).

Circa l'azione nascente da'contratti in-

(1) Nondimeno si trova anche chiamata *actio mutui* in una costituzione degl'imperadori Diocleziano, e Massimiano (*Cod. 7. 35.*); ma questa espressione che non appartiene alla giurisprudenza romana, non può neppure in questa costituzione esser presa come una denominazione tecnica. *Dig. 16, 3*, De pos. *12*, § *2*, *fr. Pomp.*—*D. 4*, De dol. mal. *7*, § *3*, *fr. Ulp.*

(2) Ved. qui appresso *Instit. 4, 6*, § *28*.

(3) *D. 13, 6, 17*, § *1*, *f. Paul.*

(4) *D. 13, 6, 18*, § *3*, *f. Gai.* — *31*, *f. Afr.* — *22*, *f. Paul.* (5) *D. 13, 6*, § *2*, *f. Gai.*

(6) *D. 13, 6, 5*, § *2*, *f. Ulp. 13, 7, 1*, § *2*, *f. Ulp.* — *31*, *f. Afr.* — *36*, *f. Ulp.* — Riguardo al debitore che ha dato il pegno, la sua obbligazione di rispondere eziandio della colpa è la sola giusta conseguenza che si possa trarre dal ragionamento del nostro paragrafo, quando dice che il contratto è fatto nell'interesse delle due parti. Dal che segue che tutte e due sono vicendevolmente risponsabili del dolo e della colpa, nel medesimo modo.

(7) *D. 16, 3, 12, pr. f. Pomp.* — *23. f. Med.* — *Dig. 13, 7, 8, pr. f. Pomp.* — *25. f. Ulp.* — *Cod. 4, 24. 7, const. Gord.*

nominati, ne parleremo in trattar di tali contratti.

TITULUS XV.

DE VERBORUM OBLIGATIONE.

TITOLO XV.

DELL'OBBLIGAZIONE DELLE PAROLE.

Seguendo il movimento di semplificazione che ha luogo nella forma degli atti per opera del tempo, e del progressivo andamento della civiltà (*Esposiz. General. del dr. rom.* p. 36) dalla solenne e simbolica pantomima, accompagnata da formole consacrate, necessaria per costituir tra due persone un'obbligazione, si è giunto alle sole formole: secondo ogni probabilità la *verborum obligatio* è posteriore al *nexum*, cioè a quell'antica operazione *per aes et libram*, alla quale si ricorreva eziandio per obbligarsi. Essa è la sua prima derivazione; la sollennità *per aes et libram* si ha per eseguita, il metallo per pesato e dato, e di quella solennità non si ritiene altro che le parole indicanti sacramentalmente l'obbligazione.

Ne'monumenti del diritto romano troviamo l'indicazione di tre forme distinte di obbligazioni contratte per mezzo di parole solenni (*verbis*): 1° La *dotis dictio*, della quale più sopra abbiam ragionato (v. 1. p. 307); 2° l'obbligazione di dono, di ricompensa, o di servigi (*operarum*), che il francato contrae per giuramento verso il suo padrone per cagione del suo affrancamento (*jurata promissio liberti*), della quale ugualmente abbiam detto qualche cosa (Id. p. 111.) 3° finalmente la stipulazione seguita da promessa (*stipulatio et promissio*). Di cotali tre forme le due prime, intorno alle quali abbiam pochi indizii, erano delle specialità esclusivamente proprie ad uno scopo particolare, e tra certe determinate persone. Esse si adempivano mediante parole pronunziate da una sola delle parti, da quella che voleva obbligarsi, senza precedente interrogazione dell'altra (1). Nella seconda di queste forme speciali di obbligazione, il padrone talvolta faceva giurare lo schiavo prima di dargli la libertà, per legarlo così con la religione del giuramento; ma siccome tra il padrone e lo schiavo non vi poteva essere obbligazione di diritto, così il legame di diritto non esisteva, che quando la promessa con giuramento fosse stata rinnovata dallo schiavo dopo avuta la libertà (2). In quanto alla terza forma di obbligazione per parole (*stipulatio et promissio*), essa era una forma generale, che poteva esser adoperata per ogni maniera di obbligazione lecita da contrarsi tra tutte le persone capaci, anche pei due casi precedenti, cioè per la promessa di dote, e per quella de'servigi da parte del liberto verso il suo *patronus*; e nella quale ciascuna delle parti dovea pronunziare delle parole formolarie, l'una interrogando, e l'altra rispondendo. Sotto Giustiniano la *dictio dotis* non è più in uso, si ricorre sempre alla stipulazione, o anche alla semplice convenzione (Id. p. 308). L'obbligazione de'servigi si contrae ancora dall'affrancato mediante il giuramento, o la stipulazione (3); in fine le Istituzioni sotto il titolo dell'obbligazione delle parole non trattano più di altro che della sola stipulazione.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsione, *cum quid* dari fierive *nobis stipulamur; ex qua* duae *proficiscuntur actiones, tam* condictio, *si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta. Quae hoc nomine inde utitur, quia stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.*

Si contrae obbligazione per parole quando *per via di domanda e di risposta* stipuliamo che si debba dare o fare qualche cosa. Dalla quale obbligazione nascono due azioni, la *condictio*, se la stipulazione è certa, e l'*actio ex stipulatu*, se è incerta. Il suo nome viene da *stipulum* che appresso gli antichi significava *fermo*, e deriva probabilmente da *stips* stipite.

Ex interrogatione et responsione. L'interrogazione porta il nome tecnico di st-

(1) Il manoscritto delle Istituta di Gaio nel luogo ove tratta delle obbligazioni contratte *verbis* contiene una pagina illegibile, dove si può congetturare che si trattava della *dotis dictio*, e della *jurata promissio liberti*. In fatti il compendio di queste Istituta (*Epitome*) estratto dalla raccolta de'Visigoti (*Breviario d'Alarico*) ne parla in questi termini: « *Sunt aliae obligationes quae, nulla praecedente interrogatione, contrahi possunt, id est ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito dotem dicat... Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligabitur, sed et pater ejus, et debitor mulieris... etc. — Item et alio casu, uno loquente et sine interrogatione alio promittente* (forse *sine interrogationem alio praemittente*), *contrahitur obligatio, id est si libertus patrono aut munus, aut operas se daturum esse juraverit. In qua re supradicti liberti non tam verborum solemnitate, quam juris jurandi religione tenentur. Sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest. (Gai. Epit. Inst. 2, 9, §§ 5 e 4)—Ulp. Reg. 6, § 1 e 2 Vatic. Fragm. 99, e seg. — Dig. 38, 1.* De operis libertorum.— *Cic. Ad Attic. VII. 2. Pro Flacco. 35.*

(2) *D. 40, 12. De liberali causa 44. f. Venulei.*

(3) *D. 8, 1. De operis libertorum.*

pulazione (*stipulatio*); la risposta dicesi generalmente promessa (*promissio*). Così la stipulazione (almeno nel senso in che i più recenti giureconsulti romani l'hanno adoperata) non è, propriamente parlando, che una parte dell atto: essa è la solenne interrogazione di colui verso il quale si contrae l'obbligazione. Tal'è la definizione datane da Paolo nelle sue sentenze: *Stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet, veluti*: SPONDES? SPONDEO; DABIS; DABO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEI TUAE ERIT? FIDEI MEAE ERIT (1)». Da ciò vengono eziandio nel nostro moderno linguaggio le dizioni *stipulare qualche cosa*, *stipulare in suo favore*, *in favore di un tale*, che noi eziandio usiamo, benchè appresso noi non sia più luogo a cosiffatta istituzione. Non pertanto per figura di lingua prendendo la parte pel tutto si dinota talvolta sotto il nome stipulazione l'atto intero, cioè l'interrogazione e la promessa (2). Lo stipulante è nominato *reus stipulandi*, ed il promettente *reus promittendi*: « *Qui stipulatur reus stipulandi dicitur, qui promittit reus promittendi habetur* (3).

Forte a stipite descendens. Paolo, nelle sue Sentenze espone così questa etimologia: « *Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum solemnitate conficiuntur: et ita appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur. Stipulum enim veteres firmum appellaverunt* (4)». Questa etimologia era già un problema anche presso gli antichi. Festo nel suo compendio del trattato di Valerio Flacco *de Verborum significatione*, e più tardi anche Isidoro di Siviglia nel suo libro IV. *delle Origini* ne presentano ciascuno una diversa (5).

La stipulazione è senza dubbio una forma di obbligazione eminentemente civile, e da prima esclusivamente riserbata a' soli cittadini romani. Nondimeno la sua utilità, o per meglio dire, la sua necessità nel sistema giuridico de' romani per soddisfare alle diverse relazioni d'affari, la fece in prosieguo di tempo ammettere in parte eziandio con gli stranieri. La sola formola: DARI SPONDES? SPONDEO (la *sponsio* da *responsio*) restò riservata a' soli cittadini romani; ma in cambio se ne immaginarono delle altre, che si fecero entrare nel diritto delle genti (6). La stipulazione, non ostante questa estensione rimase però nel numero di quegli atti giuridici, ai quali si applica sempre il principio, che non si possono eseguire per mezzo di mandatarî, che niuno vi può esser rappresentato da un altro (*Esp. siz. General. del dr. rom.* p. 38), e l'obbligazione non si acquista che da colui che interroga. Il legame di diritto qui è formato per la pronunzia delle formole, per le parole (*verbis*): per quanto il consenso sia confessato o riconosciuto, se non intervengono le parole, non vi è legame alcuno; e viceversa quando anche il consenso fosse infetto da errore, da dolo, o da violenza, se vi sono le parole, vi è eziandio l'obbligazione: per rimediare a questo rigoroso formalismo bisogna cercar riparo nell'equità del pretore (IV. p. 39). La stipulazione seguita dall'analoga risposta produce obbligazione da un lato solamente, e questo, secondo che abbiam detto è il carattere proprio delle forme di obbligazione venute dall'antico diritto civile. Essa non può ingenerare quelle obbligazioni che son dette bilaterali o sinallagmatiche (*ultro citroque obligatio*): quegli solamente si trova obbligato, il quale ha risposto all'interrogazione con la promessa. Se la faccenda di che si tratta richiede una scambievole obbligazione, spetta alle parti di decomporre l'operazione in più stipulazioni, e correlative promesse. L'uso della stipulazione era generalissimo: in fatti la stipulazione non è una specie particolare di convenzione, ma solamente una forma applicabile a qualunque obbligazione permessa dalla legge. E però se ne faceva uso o per dar la forza di contratti a quelle innumerevoli convenzioni che gli uomini possono immaginare e stabilire tra loro, secondo le circostanze e la loro volontà, e che senza

(1) *Paul. Sent. 2, 3.*

(2) Così la definisce Pomponio: « *Stipulatio est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum, facturumve se quod interrogatus est responderit* ». D. 45, 1, *De verb. obligat.* 5, § 4.

(3) *D. 45, 2, 1, f. Mod.*

(4) *Paul. Sent. 5, 7, § 1.*

(5) « *Stipem esse nummum signatum, testimonio est id quod datur stipendium militi, et quum spondetur pecunia, quod stipulari dicitur.* » *Festus* alla parola *stipem*. — « *Dicta stipulatio a stipula. Veteres enim quando sibi aliquod promittebant, stipulam tenentes frangebant, quam iterum jungentes, sponsiones suas agnoscebant.* » Isidor. lib. IV. Originum cap. 24.

(6) « *Sed haec quidem verborum obligatio*: DARI SPONDES? SPONDEO *propria civium romanorum est: ceterae vero juris gentium sunt; itaque inter omnes homines, sive cives romanos, sive peregrinos valent* ». (Gai. Com. 3, § 93).

questa forma non avrebber prodotto azione; o per quelle convenzioni già ricevute nel diritto romano come contratti, e nelle quali si faceva intervenir la stipulazione per diversi fini, come sarebbe per renderle più sicure e più precise (1); o da ultimo per le obbligazioni già esistenti, che si trasformavano in obbligazioni nascenti da stipulazione (2). Per non dire dell'origine patrizia e teocratica, alla quale si rapportano le solennità rigorose, e le formole sacramentali dell'antico diritto de' Quiriti; per non dire delle cagioni più genarali, che materializzano sempre le istituzioni nell'epoca rozza delle civiltà nascenti, che ci presentano sopra diversi punti quasi i medesimi fenomeni, si può notare che le forme della stipulazione aveano per utilità di richiamare seriamente l'attenzione delle parti su ciò che si faceva determinare in una dizione chiara, breve, e rigorosa l'obbligazione alla quale il promettente si sottoponeva: il che applicato alle innumerevoli obbligazioni imprevedute, e variabili che gli uomini possono immaginare, le determinava e fissava rigorosamente; finalmente di far apparire più energicamente il consenso delle parti per via dell'interrogazione, e della risposta conforme. Anche oggidì che si ha riguardo principalmente alla volontà, all'intenzione in tutto il suo spiritualismo, pure per certi atti più importanti, noi abbiamo ancora delle forme analoghe a quelle della stipulazione. Così il matrimonio innanzi l'ufiziale dello stato civile, il giuramento tra le mani di ogni ufiziale incaricato di riceverlo, si fan sempre solennemente col mezzo d'una interrogazione, e d'una risposta conforme.

1. *In hac re olim talia verba tradita fuerunt:* Spondes? Spondeo; Promittis? Promitto; Fidepromittis? Fidepromitto; Fidejubes? Fidejubeo; Dabis? Dabo; Facies? Faciam. *Utrum autem latina, an graeca, vel alia qua lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum hujus linguae habeat. Nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quin etiam duo Graeci latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed haec solemnia verba olim quidem in usu fuerunt; postea autem Leoniana constitutio lata est, quae solemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressum est.*

2. Anticamente le parole usate nelle stipulazioni furono queste: Spondes? (Ne rispondi tu?) Spondeo (Ne rispondo); Promittis? (Prometti tu?) Promitto (Prometto); Fidepromittis? (Prometti sulla tua fede?) Fidepromitto? (Lo prometto in fede mia) Fidejubes? (Ti rendi fidejussore?) Fidejubeo (mi rendo fidejussore); Dabis? (Darai tu?) Dabo (Darò); Facies? (Lo farai tu?) Faciam (Lo farò). E non importa che la stipulazione si faccia o nella lingua latina, o nella greca o in qualunque altra, ogni volta però che l'uno, e l'altro degli stipulati intenda quella tal lingua; e non è necessario che l'uno e l'altro usi quella medesima lingua, ma basta convenientemente rispondere a quel che s'addomanda; anzi due Greci possono contrarre obbligazione in lingua latina. Però queste parole solenni furono già in uso: ma da poi fu pubblicata la costituzione di Leone, la quale avendo levata la solennità delle parole, desidera solamente il senso, e la consonante intelligenza dell'una e dell'altra parte, qualunque sieno le porole, con cui elle si esprimano.

Spondes? Spondeo. Questa è la formola dello stretto diritto civile, la quale era riserbata a'soli cittadini; e però non poteva esser pronunziata in altra lingua che in latino (3). Riguardo alle altre, da che si son fatte entrare nel diritto delle genti per le relazioni con gli stranieri, si comprende fin dove si è spinta la conseguenza: si sono ammesse le lingue straniere, non solamente il greco ma qualunque altra, ed anche pel caso che le parti non parlassero la medesima lingua, comunque s'intendessero tra loro, si è ammesso che l'interrogazione si possa fare in una lingua, e la risposta in un'altra. Del resto dopo la costituzione di Leone pubblicata alle calende di Gennaio 469 ed inserita nel Codice di Giustiniano, non vi è più questione di termini formolari, nè di frasi consacrate. Rimane il contratto per parole o la stipulazione, ma senza aver riguardo alla qualità delle parole adoperate, basta solamente che vi sia stata interrogazione, e risposta affermativa conforme (4). In fi-

(1) *D. 18, 1. De contrahenda emptione 3, § 1, f. Pomp. — 25, § 1, f. Ulp. — 22, 1.* De usuris et fructib. *4, f. Papin.*

(2) Qui appresso *Istit. 3, 29, § 2.*

(3) *Adeo propria civium romanorum est ut ne quidem in graecum sermonem per interpetrationem proprie transferri possit; quamvis dicatur a graeca voce figurata esse.* » *Gai. Com. 3. § 93.*

(4) Ecco le parole di questa costituzione: « *Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus vel directis sed quibuscumque verbis consensu contrahentium compositae sunt, vel legibus cognitae suam habeant firmitatem* ». (Cod. 8, 38, *de contrah. et commit. stipulat.* 10). È probabile che anche prima di questa costituzione dell'imperadore Leone quella di Costante e Costanzo che abolì le formole in tutti gli atti (Ved. Cod. 2. 58. 1. e *Hist. du droit rom.* n. 89.) avesse avuto la sua influenza quanto alle parole sacramentali, e formolarie della stipulazione.

ne noi vedremo fra poco che per effetto delle disposizioni di Giustiniano può sovente sparire nel fatto anche la realtà dell' interrogazione, e della risposta; poichè si ha per sufficiente che lo scritto formato dalle parti come pruova dell' atto dimostri aver quelle avuto luogo (1).

Il testo ne' paragrafi che seguono si occupa delle modalità delle stipulazioni (V. I. p. 448 il medesimo soggetto riguardo a' legati); e tratta successivamente, del termine (*dies*), della condizione (*conditio*), e del luogo (*locus*).

II. *Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure veluti:* QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? *idque* confestim peti potest. *In diem, cum adjecto die quo pecunia solvatur stipulatio fit, veluti:* DECEM AUREOS PRIMIS CALENDIS MARTIIS DARE SPONDES? *Id autem* quod in diem stipulamur statim quidem debetur; sed peti priusquam dies venerit, non potest. *Ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet; neque enim certum est eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is praeterierit.*

2. Ogni stipulazione si fa o puramente, o a termine, o sotto condizione. Puramente, come sarebbe: PROMETTI TU DARMI CINQUE SOLDI D'ORO? E questo *si può subito chiedere.* A termine, quando si fa la stipulazione aggiungendo il dì nel quale si debba pagare, come sarebbe: PROMETTI TU DARMI DIECI SOLDI D'ORO NELLE PRIME CALENDE DI MARZO? E questo *che noi promettiamo per un certo dì subito si deve, ma non si può chiedere innanzi che sia venuto quel dì.* E neppure si può chiedere in quel dì, nel quale si è promesso di pagare, giacchè tutto quel giorno si dee concedere all' arbitrio del debitore; in fatti non è certo che il pagamento non sia stato fatto nel giorno promesso, se prima non sarà passato tutto quel dì.

Confestim peti potest. Quando la stipulazione è pura e semplice, cioè senza aggiunzione di termine, o condizione, l'obbligazione esiste, ed è esegibile all'istante medesimo. Il *dies cedit* e il *dies venit*, per usare la frase tecnica de' romani, la quale di già abbiamo spiegata (Vol. I. pag. 420), han luogo immediatamente. « *Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies* », dice Ulpiano (2). *Praesenti die pecunia debetur*, « dice il medesimo in altro luogo (3). L'azione in esecuzione dell' obbligazione potrebbe esser subito intentata, e sarebbe regolarmente intenta, *confestim peti potest* », dice il nostro testo. La qual cosa non impedisce che in fatto: si debba attendere il tempo materialmente necessario per l' esecuzione, o che si debba eziandio in certi casi concedere per temperamento una certa latitudine (4).

Quod in diem stipulamur statim quidem debetur sed peti priusquam dies venerit non potest. Noi sappiamo che il termine può esser considerato sotto due aspetti (5): 1° relativamente al giorno in cui il diritto comincerà ad esistere o ad esser esigibile (*dies a quo*); 2° relativamente a quello in cui il diritto cesserà (*dies ad quem*). In questo luogo il testo esamina per quello che si appartiene alla stipulazione, solamente il primo di questi termini (*a die* o *ex die obligatio*; *in diem stipul atio*); noi tratteremo del secondo sotto il seguente paragrafo. Nelle obbligazioni il termine non sospende l' esistenza del diritto ma solamente la sua esigibilità; esiste il debito, ma il solo pagamento ne è ritardato: « *Praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio* », dice il giureconsulto Paolo (6). *Certum est debitum iri, licet post tempus petatur* (7) », secondo Gaio. Ovvero, per usare la dizione tecnica, il *dies cedit* ha luogo immediatamente, ma il *dies venit* non avrà luogo che al termine fissato: *Ubi in diem (quis stipulatus fuerit), cessit dies, sed nondum venit* (8). Da ciò che il debito esiste immediatamente ne viene che quello che per errore si fosse pagato prima della scadenza del termine non potrebb' essere domandato indietro (9): e viceversa da ciò che l' esigibilità non ancora ha luogo ne seguita che l'azione sarebbe irregolarmente intentata prima che il termine non fosse giunto (*sed peti priusquam dies venerit non potest*): colui che a questo modo domandasse prima del tempo debito incorrerebbe le pene della *plus-petizione* (10). Tutto quel che abbiam detto si applica al termine certo (*dies certus*);

(1) Qui appresso *tit. 19* § *12.*
(2) *D. 50. 16. 231. pr. f. Ulp.*
(3) *D. 45, 1, 41,* § *1, f. Ulp.*
(4) « *Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit.* » (D. 45, 1, 3, pr. f. Paul.) Ved. i diversi esempi che il giureconsulto dà in questo frammento, e parimente *D. 46, 3,* De solution. *105, f. Paul.*
(5) Ved. *General. del dr. rom.* n.° 59, e spezialmente per le obbligazioni *D. 44, 7, 44,* § *1, fr. Paul.*
(6) *D. 45, 1, 46, pr.* — Ciò che Ulpiano dice nel *frammento 41,* § *1,* non debbe intendersi in un senso contrario; le sue parole non si riferiscono che al pagamento.
(7) *Gai. Com. 3,* § *124.*
(8) *D. 50, 16, 213, pr. f. Ulp.*
(9) *D. 12, 6, de condictione indebiti 10. f. Paul.* « *In diem debitor adeo debitor est ut ante diem solutum repetere non possit* ». — Ved. egualmente i *frammenti 17 e 18 di Ulpiano.*
(10) Ved. qui appresso 4, 6, § 33.

ma che si dirà del termine incerto (*dies incertus*)? Il *dies incertus* può aver luogo in due modi secondo che è incerto: 1° *se* il giorno fissato arriverà; 2° *quando* arriverà. Nel primo caso sotto l'apparenza d'un termine v'ha una vera condizione, come sarebbe « nel giorno del vostro matrimonio», perciocchè è incerto se voi vi mariterete. Nel secondo caso, abbiamo già veduto (V. 1. p. 376 e 448) che il termine incerto riguardo alle istituzioni di erede, ed ai legati formava condizione (*dies incertus conditionem in testamento facit*), e ne abbiamo esposte le ragioni; ma non era il medesimo per le obbligazioni. Quì il *dies incertus*, nel quale l'incertezza cade unicamente sul tempo, e non sull'esistenza dell'avvenimento è un vero termine, e vi si debbono applicare le conseguenze da noi esposte relativamente al *dies certus*(1). Tal'è per esempio il termine *cum morieris*, o *post mortem Titii*; perciocchè egli è fuor di dubbio che voi morrete, che Tizio morrà, solo il quando è incerto: il debito dunque esiste, ma il pagamento ne è differito (2).

III. *At si ita stipularis.* DECEM AUREOS ANNUOS, QUOAD VIVAM DARE SPONDES? *et* pura facta obligatio *intelligitur, et perpetuatur, quia* ad tempus deberi non potest; *sed heres petendo pacti exceptione submovebitur.*

3. Ma se tu stipulerai in questo modo: PROMETTI TU DI DARMI DIECI SOLDI D'ORO ALL'ANNO FINCHÈ IO VIVO? s'intende che quest' obbligazione sia *pura* e semplice e si continua; perchè *non si può dovere fino ad un certo tempo*; ma se l'erede domandi il pagamento sarà ributtato per l'eccezione del patto.

Ad tempus deberi non potest. Quì si tratta del termine che dee por fine al diritto (*dies ad quem*), per esempio *Usque ad calendas dare spondes?* Un termine di questa fatta non è ricevuto in materia di obbligazione. In fatti secondo i principii romani il legame di diritto una volta stabilito sussiste in fino a che sia intervenuto un atto, o un fatto giuridico riconosciuto come mezzo di dislegare o sciogliere, come mezzo di *soluzione*; or il semplice decorrimento del tempo è inabile a produr questo effetto. « *Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse : non magis quam legatum, nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi* (3) ». Che avverrà dunque se la stipulazione sia stata fatta con un termine siffatto? essa sarà pura e semplice, ed il debitore non ostante la scadenza del termine statuito continuerà sempre ad essere obbligato, (*et pure facta obligatio intelligitur et perpetuatur*). Ma siccome questa conseguenza di stretto diritto è ingiusta, il pretore gli darà per difendersi contro l'azione dello stipulante un'eccezione, cioè o l'eccezione del dolo (*doli mali*), o quella che risulta dalla convenzione (*pacti conventi*). « *Plane post tempus stipulator vel pacti conventi, vel doli mali exceptione summoveri poterit* (4) ». Da ciò può venire una spezie di obbligazione di rendita pagabile periodicamente o per un tempo determinato, o per sempre. Il testo quì ci dà un esempio particolare di cosiffatto termine, e vi applica le conseguenze che ora abbiamo esposte. Per altro questo principio, che non si può dovere fino ad un certo tempo, vero nello stretto diritto civile, ha patito principalmente nel diritto pretorio, numerose modificazioni, come noi vedremo trattando delle azioni temporanee (5).

IV. *Sub conditione stipulatio fit, cum* in aliquem casum *differtur obligatio, ut si aliquid* factum fuerit aut non fuerit, *stipulatio committatur; veluti,* SI TITIUS CONSUL FUERIT FACTUS, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? *Si quis ita stipuletur* : SI IN CAPITOLIUM NON ASCENDERO DARE SPONDES? perinde erit ac si stipulatus esset, cum morietur *sibi dari. Ex conditionali stipulatione* tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus *si priusquam conditio existat mors nobis contigerit.*

4. La promessa si fa sotto condizione quando l'obbligazione si fa dipendere da *qualche caso*, di maniera che *succeda o non succeda* il fatto, l'obbligazione avarà effetto come sarebbe : PROMETTI TU DARMI CINQUE SOLDI D'ORO SE TIZIO SARA' FATTO CONSOLE? Se alcuno stipulerà in questo modo: PROMETTI TU DARE, SE IO NON ASCENDERÒ IN CAMPIDOGLIO? *sarà come se egli avesse stipulato* che gli fosse dato *quando egli morrà*. Per la stipulazione si ha *solamente speranza di avere*, *e questa medesima speranza passa agli eredi*, se lo stipulante si muoia innanzi che s'adempia la condizione.

In aliquem casum. Questo avvenimento dev'esser futuro ed incerto per costituire una condizione. *Futuro*; perchè se di già è compiuto, quantunque le parti nol sap-

(1) Così la *condictio indebiti* non si applica al pagamento che per errore se ne sia fatto prima del termine. *D. 12, 6, 16, § 1, f. Pomp. 17, e 18, f. Ulp.*

(2) Così quando anche nella stipulazione si fossero usate delle parole esprimenti in apparenza una condizione *si morieris*, questo non sarebbe che un termine, e sarebbe assolutamente lo stesso che si fosse detto *cum morieris*. D. 45, 1, 44, § 3. f. Ulp.

(3) *D. 44, 7, 44, § 1, fr. Paul.*

(4) *Ivi.*

(5) Qui appresso *lib. 5, tit. 12.*

piano (1), *incerto;* perchè se deve necessariamente accadere (2), l'obbligazione esiste immediatamente ; solamente vi è un termine diretto o indiretto. In fatti il pagamento solo è differito : nel primo caso in fino a che l'avvenimento compiuto ma ignorato sia stato verificato; nel secondo caso in fino a che l'avvenimento che deve necessariamente accadere , abbia avuto luogo. Del resto questo avvenimento può dipendere o dal caso , o dal fatto di una delle parti, o dal concorso dell'uno e dell'altro, pei quali tre diversi casi si trovano ne' testi romani le denominazioni di condizione casuale (*casualis*), potestativa (*potestativa*), e mista (*mixta*) (3). La condizione può esser potestativa da parte del promettente (4); ma se sia talmente lasciata alla sua discrezione , al suo arbitrio, o buona volontà, che sia quanto dire *se* tu *vuoi* (*si volueris*) non vi ha legame, e la stipulazione è inutile. Ed in questo senso si hanno da interpetrare i diversi passi che esprimono il principio: « *Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione* ». secondo Ulpiano; « *Nulla promissio potest consistere quae ex voluntate promittentis statum capit* », secondo Giavoleno; ravvicinandoli, e confrontando con gli altri frammenti di Paolo; « *Illam autem stipulationem,* SI VOLUERIS DARI, *inutilem esse constat* » di Pomponio: « *Sub hac conditione* SI VOLAM *nulla fit obligatio : pro non dicto enim est quod dare, nisi velis, cogi non possis* (5).

Factum fuerit aut non fuerit. Questi due casi opposti corrispondono alla distinzione che fanno anche gl' interpetri di condizioni *affermative*, o *negative*.

Stipulatio committatur: questa è una locuzione tecnica , la stipulazione *committitur* , cioè riceve definitivamente il suo effetto obbligatorio per l' adempimento della condizione.

Perinde erit ac si stipulatus esset, cum morietur. La somiglianza è in questo senso, che il pagamento non potrà esser richiesto prima della morte del promettente. Quì non si ricorre, come nel caso della istituzione o del legato alla cauzione Muziana (V. I. p. 448). In fatti in materia di stipulazione si sta strettamente all'obbligazione che risulta dalle parole, mentre che in materia di disposizioni testamentarie si cerca un modo di metterle ad effetto in tempo utile. Del resto tra questa stipulazione *si in Capitolium non ascendero*, e quest' altra *cum moriar* vi ha questa differenza capitale, che la prima è condizionale , e la seconda solamente a termine, perchè l'avvenimento nell'una è incerto (se lo stipulante ascende in Campidoglio non vi sarà stata mai obbligazione); nell'altra è certo e fuor d'ogni dubbio.

Tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimur: Allorchè una stipulazione condizionale ha avuto luogo, vi ha forse fin dal principio un legame di diritto, un creditore, ed un debitore, ovvero non vi ha nulla di tutto ciò in fino a che la condizione non si adempia? Questa a dir vero è una difficoltà la quale sta più nelle parole che nelle cose. Sotto un rispetto , essendo la promessa subordinata alla condizione, talchè, se la condizione viene a mancare, il promettente non dovrà nulla , e sarà riputato non aver mai nulla dovuto; si può dire col testo che infino a che la condizione è in sospeso , l' obbligazione oggetto della promessa non esiste, ma vi è solamente speranza di obbligazione (*tantum spes est debitum iri*), e per dirla in termini tecnici , non hanno ancora avuto luogo nè il *dies cedit*, nè il *dies venit*: « *Ubi sub conditione* (*quis stipulatus fuerit*) *neque cessit* , *neque venit dies pendente adhuc conditione*) (6)». E però il pagamento fatto per errore in questo stato potrebb'esser domandato indietro per la *condictio indebiti* , essendochè la cosa non era dovuta: « *Sed conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur; conditione autem existente repeti non potest* (7)». Sotto un altro rispetto , al contrario, non si può negare che , intervenuta che sia una volta la stipulazione , e la promessa conforme, il promettente si trovi meno libero di prima; infatti egli si trova legato pel caso che l'avvenimento futuro ed incerto si avveri. Laonde i giureconsulti romani non dubitano di dire che lo stipulante è

(1) Ved. qui appresso § 6.

(2) « *Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo extitura est, pure videtur stipulari* ». (D. 46. 2. *de novat. et deleg.* 9. § 1, f. Ulp). *Pure* è preso qui per contrapposto alla condizione solamente, e non al termine. Ved. eziandio al *D. 45 , 1 , 7, f. Ulp.*

(3) *D. C. 6. 51.* De caducis tollendis, *1*, § *7, f. Justin.*

(4) *D. 45, 1, 115*, § *1, f. Papin.*

(5) *D. 45, 1, 17. f. Ulp. — 108*, § *1, f. Javol. — 46*, §§ *2, e 3, f. Paul. — 44, 7, 8, f. Pomp. — Si confronti: D. 31.* (De legatis *II.*) *3, f. Paul. — 32.* (De legatis *III.*). *41*, § *7, f. Ulp.*

(6) *D. 50, 16*, De verb. sign. *213, pr. f. Ulp.*

(7) *D. 12, 6*, De cod. ind. *16, pr. f. Pomp. 48, f. Cels. — 46, 3*, De solut. et liberat. *58, f. Afric.*

creditore: *Eum qui stipulatus est sub conditione placet etiam pendente conditione, creditorem esse* (1)». Essi gli permettono gli atti conservatorii per la garentia dei suoi diritti eventuali, l'immissione in possesso, e la separazione de' patrimonii (2). Da ultimo, e questo è importante a notare, il diritto che risulta dalla stipulazione condizionale si trova acquistato, allo stipulante tal quale è, vale a dire eventuale, ma però *all' istante medesimo*. In conseguenza se questo stipulante sia un figliuolo di famiglia, o uno schiavo, il benefizio della stipulazione condizionale è acquistato al capo di famiglia, o al padrone che egli ha nel momento stesso della stipulazione, e non nel tempo che la condizione si adempie (3).

E se lo stipulante venga a morte prima dell' adempimento della condizione, egli non trasmette meno al suo erede il diritto eventuale acquistato: « *Ipsam spem in heredem transmittimus* (4) ». Adunque si vuol ben considerare la differenza radicale che è tra le conseguenze del *dies cedit* in materia di legati, e quelle in materia di obbligazioni. In materia di legati in fino a che il *dies cedit* non ha luogo (cioè pel caso del legato condizionale in fino a che la condizione non si è adempiuta) nulla è acquistato, nullo è fissato pel legatario; e però se egli muore prima dell' adempimento della condizione non trasmette nulla a' suoi eredi; s'egli è schiavo o figliuolo di famiglia, il legato è acquistato al padrone o al capo di famiglia ch' egli ha al momento che la condizione si adempie. Ma in materia di obbligazioni noi abbiam veduto che si decide assolutamente il contrario (5), quantunque anche per l'obbligazione condizionale il *dies cedit* non abbia luogo che quando la condizione si adempie. Sarebbe dunque un grave errore l'assomigliare ne' suoi effetti il *dies cedit* per le obbligazioni al *dies cedit* pei legati. La condizione, adempiuta che sia una volta, ha effetto retroattivo, e però per la determinazione de' diritti conviene riportarsi all'istante medesimo che la stipulazione è interventa: « *Cum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interposita est sine conditione facta esset* (6).

V. *Loca enim inseri stipulationi solent veluti: Chartagine dare spondes? Quae stipulatio, licet pure fieri videatur, tamen* re ipsa habet tempus injectum, *quo promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam. Et ideo si quis Romae ita stipuletur: Hodie Carthagine dare spondes? inutilis erit stipulatio,* cum impossibilis sit repromissio.

5. Si suole ancora metter nelle stipulazioni il luogo, come sarebbe: Prometti tu di dare in Cartagine? La quale stipulazione quantunque pela puramente fatta, nondimeno essa *ha seco congiunto il tempo* che è necessario al promettente per fare il pagamento in Cartagine. Per conseguente se alcuno stipulerà in Roma in questa maniera: Prometti tu dar oggi in Cartagine, la stipulazione è inutile, *essendochè la ripromissione è impossibile.*

Re ipsa habet tempus. Ulpiano, Paolo, Venuleio espongono il medesimo principio (7). Quest' ultimo domanda come si fisserà il termine? Ad arbitrio del giudice. « *Et magis est, ut totum eam rem ad judicem, idest ad virum bonum remittamus* (8).

Cum impossibilis sit repromissio. La stipulazione è nulla per l' impossibilità del fatto promesso (9). Gaio suppone un caso, in cui lo stipulante, ed il promettente abbiano ciascuno anticipatamente prevenuto il loro agente in Cartagine, l' uno di dare, e l'altro di ricevere nel tal giorno, in questo caso non vi sarebbe più impossibilità, e quindi non vi sarebbe più nullità (10).

VI. *Conditiones quae ad praeteritum, vel praesens tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt; veluti: Si Titius consul fuit, vel si Maevius vivit dare*

(1) D. 44, 7, *De oblig. et action.* 52. pr. f. Ulp. — « Conditionales creditores *dicuntur et hi quibus nondum competit actio, est autem competitura: vel qui spem habent ut competat* ». D. 50, 16, *De verb. sing.* 54. f. Ulp. — Creditore *condizionale*, obbligazione *condizionale*, ma sempre obbligazione.

(2) D. 42, 4, *Quib. ex caus. in possess.* 6. pr.f. Paul. — 42, 6. *De separat.* 4, pr. f. Papin.

(3) D. 45, 1, 78, f. Paul.: « *Si filius familias sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio, patri actio competit. Quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus* ». — Il medesimo principio estratto dal medesimo giureconsulto è ripetuto: D. 50, 17. *De divers. reg. jur.* 144, § 1. — 45, 3. *De stipul. servor.* 26, f. Paul.

(4) *D. 45, 1, 57, f. Julian.* — *18, 6, De peric. et comm. 8. pr. f. Paul.*

(5) Ecco perchè Ulpiano dice che nel legato condizionale, colui al quale è stato fatto, finchè pende la condizione non è creditore, mentrechè nella stipulazione condizionale lo stipulante è all' istante medesimo creditore (*Dig. 44, 7, 42*).

(6) *D. 20. 4. (Qui potior. in pign.) 11, § 1, f. Gai.* — *46, 3. De solut. et liberat. 16, f. Pomp.*

(7) *D. 45, 1, 41, § 1, f. Ulp.* e *75, pr. f. Paul.* — *13, 4. De eo quod certo loco dari oportet 2. § 6. f. Ulp.*

(8) *D. 45, 1, 137, § 2 f. Venul.*

(9) *D. 45, 1, 55, pr. f. Paul.*

(10) *D. 45, 1, 141, § 4, f. Gai.*

SPONDES? Nam si ea ita non sunt nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent statim valet; quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

6. Le condizioni che si riportano a tempo presente, o passato immediatamente invalidano l'obbligazione, o non la differiscono punto, come sarebbe: PROMETTI TU DARE, SE TIZIO FU CONSOLE, OVVERO PROMETTI TU DARE SE MEVIO VIVE? Poichè se non sarà quel che si è detto, la stipulazione non vale, ma se sarà, subito vale; perchè quel ch'è certo per natura delle cose, non ritarda l'obbligazione quantunque sia incerto per noi.

Quando è compiuto l'avvenimento, ma è ignorato, nell'espressione trovasi un'apparenza di condizione, ma nel fondo l'obbligazione è pura e semplice (1), con quel termine tacito però che è necessario ad accettare l'esistenza dell'avvenimento, e ciò s'intende di quelli avvenimenti che possono per loro natura esser conosciuti dagli uomini (2).

VII. *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta, ut stipulemur aliquid fieri, vel non fieri; Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit poenam subjicere,* ne quantitas stipulationis in incerto sit, *ac necesse sit actori probare quid ejus intersit. Itaque si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adjici poena debet; SI ITA FACTUM NON ERIT, TUNC POENAE NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES? Sed si quaedam fieri, quaedam non fieri, una eademque conceptione stipuletur, clausula hujusmodi erit adjicienda: SI ADVERSUS EA FACTUM ERIT, SIVE QUID ITA FACTUM NON ERIT, TUNC POENAE NOMINE DECEM AUREOS DARE SPONDES?*

7. Si possono ridurre a stipulazione non solo le cose ma anche i fatti, com'è quando noi stipuliamo che si faccia, o non si faccia qualche cosa, ed in cotali stipulazioni è buono aggiugner qualche pena, *acciocchè non sia incerto quel che si debba dare,* e non sia necessario all'attore di provare quanto a lui interessi l'adempimento dell'obbligazione. Laonde se alcuno stipulerà che si faccia qualche cosa, debbe aggiugner la pena in questa maniera: PROMETTI TU DI DAR DIECI MONETE D'ORO A TITOLO DI PENA, SE NON SARA' FATTO COSÌ? E se in un medesimo contesto di parole si stipulerà di fare alcune cose, e di non fare alcune altre, bisognerà che si aggiunga una clausola così fatta: PROMETTI TU DAR DIECI MONETE D'ORO SE SI FARA' CONTRO QUEL CHE S'È DETTO, O SE NON SI FARA'?

Noi possiamo stipulare: rispetto alle cose o la *dazione* cioè il trasferimento della proprietà; o qualunque delle sue frazioni; o qualsivoglia altra prestazione: rispetto ai fatti poi, degli atti da farsi, o da non farsi (*aliquid fieri, vel non fieri*). Queste tre frasi: *Dare, facere, praestare* comprendono tutt'i casi in generale. I testi parlando delle stipulazioni usano solamente le due prime: così nel *principium* del nostro titolo « *verbis obligatio contrahitur cum quid* DARI FIERIVE *stipulamur* », nella definizione che Pomponio dà della stipulazione, *is qui interrogatur,* DATURUM FACTURUMVE *se quod interrogatus est responderit* (3) »; finalmente in questa classificazione di Paolo, « *stipulationum quaedam in* DANDO, *quaedam in* FACIENDO *consistunt* (4) ». Si può stipulare una cosa incorporale, per esempio, una servitù (*viam, iter, actum stipulamur*) (5); ed in questo caso la stipulazione ha per oggetto il trasferimento d'una frazione della proprietà. Un'obbligazione di tal fatta si può eziandio allogare in una stipulazione di *non fare,* per esempio, di non far nulla che m'impedisca di passare sul tuo fondo. Similmente la *dazione* del possesso di una cosa è compresa in una stipulazione di fatto: « In faciendo veluti *fossam foderi domum aedificari, vacuam possessionem tradi;* in non faciendo, veluti *per te non fieri quominus, mihi per fundum tuum ire, agere liceat, per te non fieri quominus mihi hominem Erotem habere liceat* (6). Che anzi se si voglia andar più pel sottile, si vedrà che siccome i contratti appresso i romani non han per effetto di produrre diritti reali, così le stesse obbligazioni di dare in proprietà (*dare*) concontengono sempre in se un'obbligazione di fare, cioè l'obbligazione di fare gli atti necessarî per trasferimento della proprietà. Nondimeno in questo caso per qualificare la stipulazione, si ha riguardo alla cosa che in ultim' analisi ne è l'oggetto diffinitivo, e dicesi, parlando delle obbligazioni di dare « *res in stipulatione deducitur* » mentre tutte le altre prestazioni son comprese nelle stipulazioni di fatti (*facta*).

L'oggetto della stipulazione può esser certo (*certum*), o incerto (*incertum*), dal che viene la qualificazione applicata anche alle stipulazioni, di stipulazioni certe, ed incerte: « *Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae* (7). L'oggetto è certo, quando ciò ch'è ridotto in stipulazione apparisce per la sua medesima enunciazione determinato nel suo individuo, o almeno nel suo genere, nella sua qualità, e

(1) *D. 45, 1, 100, f. Modest.; 120. f. Papin. 12, 1, De reb. cred. 37, e 39, f. Papin.*
(2) *D. 12, 1, 58. f. Scaev.*
(3) *D. 45, 1, 5, § 1, f. Pomp.*
(4) D. *45, 1, 2, pr. f. Paul.*
(5) *Ivi § 1.*
(6) *D. 45, 1, 75, § 7, f. Ulp.*
(7) *D. 45, 1, 74, f. Gai.*

quantità. « *Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet* QUID, QUALE, QUANTUMQUE *sit*; come dieci soldi d'oro, il fondo Tusculano, lo schiavo Stico, cento misure di frumento africano della migliore qualità, cento anfore di vino di Campania della miglior qualità (1) ». Ma allorchè non apparisce dalla sola enunciazione quello che è stato stipulato, la sua qualità, e la sua quantità, la stipulazione è incerta: « *Ubi autem non apperet* QUID, QUALE, QUANTUMQUE *est in stipulatione: incertam esse stipulationem dicendum est* »; come a cagion d'esempio un fondo rustico fra molti; tanto vino; tanto frumento, senza indicazione della qualità; o anche cento misure di buon frumento d'Africa; cento anfore di buon vino di Campania, perchè nella bontà vi son molti gradi; il parto che nascerà della schiava Aretusa, i frutti che produrrà il fondo Tusculano (2). In tutti i casi in cui l'oggetto della stipulazione consiste in un fatto da doversi fare o non fare, la stipulazione è incerta. *Qui id quod in faciendo aut non faciendo stipulatur, incertum stipulari videtur* (3), perchè l'interesse che ha lo stipulante che il fatto abbia luogo, o no, non apparisce dallo stesso contesto della stipulazione; or in caso di rifiuto, o di contravvenzione del promettente, la condanna si risolve appunto in questo interesse (*quia id venit in stipulationem, quod mea interest*) (4). Finalmente la stipulazione di qualunque altra prestazione diversa dal trasferimento di proprietà, per esempio, la stipulazione dell'usufrutto di un fondo anche certo e determinato, di una servitù qualunque, della consegna del possesso, o della tradizione di una cosa in mutuo, o in comodato, le quali prestazioni i romani riducevano tutte alle stipulazioni di fare o non fare sono anch'esse incerte (5). Sicchè non vi è altra stipulazione certa che quella della *dazione* o trasferimento in proprietà di una cosa determinata per la medesima enunciazione, o nel suo individuo, o nel suo genere, nella sua qualità, e quantità. La quistione di sapere se la stipulazione era *certa*, o *incerta* era importante per determinare l'azione alla quale questa stipulazione dava luogo, come ora spigheremo.

Ne quantitas stipulationis in incerto sit. Dal momento che la clausola penale fissa la prestazione di una somma determinata di danaro pel caso di non esecuzione del fatto, o di contravvenzione, la stipulazione da incerta che era divien certa, e per conseguenza dà luogo all'azione che risulta dalla stipulazione certa.

Azioni che nascono dalle stipulazioni.

Per la stipulazione non altramente che pel mutuo, contratti la cui origine si riporta a'primi tempi del diritto civile, l'azione che si usa per costringere alcuno all'adempimento dell'impegno assunto è la *condictio* che anticamente figurava tra le azioni della legge, ma dapoi fu successivamente trasformata pel variare del giudiziario procedimento (6). Azione di diritto stretto (*stricti juris*), la quale non ammette temperamenti di equità per parte del giudice, nè obbligazioni sinallagmatiche (*ultro citroque obbligatio*) tra le parti. Ma tra il mutuo e la stipulazione vi ha questa differenza, che nel mutuo l'oggetto dell'obbligazione è sempre certo, mentrechè nella stipulazione può esser *certo* ed *incerto*, il che modifica la *condictio*.

Infatti quando la stipulazione è certa, dà luogo alla *condictio* propriamente detta, che per maggior precisione dicesi, *condictio certi*. In quest' azione l' *intentio* della formola enuncia specialmente l'oggetto *certo* dell'obbligazione: SI PARET SESTERTIUM MILLIA DARE OPORTERE. SI PARET HOMINEM STICHUM, O FUNDUM TUSCULANUM DARE OPORTERE. (7). E siccome l'oggetto si trova in questa maniera determinato per la medesima enunciazione, il Pretore indicando al giudice la condanna, la quale, come ciò sappiamo, deve sempre esser pecuniaria (*Esposiz. General. del dr. rom.* p. 91) è in grado di determinarne il valore

(1) D. 45, 1, 74, f. Gai. — La definizione data da Paolo torna lo stesso: « *Certum est cujus species, vel quantitas quae in obligatione versatur aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur qualis, quantaque sit obstenditur* ». *D. 12, 1, De reb. cred. 6, f. Paul.*

(2) D. 45, 1, 75, pr. e §§ 1, 2, e 4. Vi sono dei punti, in cui la distinzione diviene dilicatissima o sottile, come Ulpiano medesimo riconosce. Così questa stipulazione: *Vinum (aut oleum vel triticum) quod in horreo est* è certa; e queste: *Quod mihi Sejus debet; quod ex testamento mihi debes*, sono incerte anche nel caso che l'oggetto dovuto da Seio in forza del testamento fosse certo (ivi §§ 5, e 6).

(3) Ivi § 7.

(4) *D. 45, 1, 68, f. Paul.; 72, pr. f. Ulp.—42, 1. De re. jud. 15. f. Cels.*

(5) *D. 45, 1, 75, § 3, f. Ulp.*: « *Fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse* ». *D. 8, 2. De servit. praed. urban. 35, f. Marcian. 45, 1, 75, § 7; 72, pr. e § 1, f. Ulp.; 68, f. Paul.*

(6) *Gai. Comm. 4. §§ 18, 19, 20, e 32.*

(7) *Gai. Comm. 4. § 41.*

in una somma fissa, la qual cosa per lo meno ha luogo sempreché l'obbligazione è di una determinata somma di danaro (*certa pecunia*) (1).

Quando la stipulazione è incerta, dà luogo alla *condictio incerti*, nella quale l'*intentio* della formola è necessariamente compilata in una maniera generale: QUIDQUID PARET DARE, FACERE, OPORTERE (2); ed in questa essendo indeterminato l'oggetto, il pretore indicando al giudice la condanna, può tutto al più fissare un *maximum* (*taxatio*) lasciando il resto alla prudenza di lui: DUMTAXAT X MILLIA CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLVE (3).

L'azione della legge *condictio* era stata a principio introdotta dalla legge SILIA (per congettura an. 505 o 510 di R.) per le sole obbligazioni di somme determinate di danaro (*certae pecuniae*); essa fu dapoi estesa per la legge CALPURNIA (an. 520 di R.) ad ogni altro oggetto determinato (*de omni certa re*) (4). In fine quando la *condictio* trasformandosi fu passata nel sistema formolario, fu del pari applicata alle obbligazioni di oggetti incerti. Pervenuti a questo punto, per tutti i casi, pe'quali era provveduto dall'antico diritto civile, cioè quando l'oggetto era determinato, l'azione ritenne il suo proprio nome di *condictio*, o per più precisione *condictio certi*. Per l'opposto ne'casi che erano stati introdotti più tardi, cioè quando l'oggetto era incerto, l'azione, benchè indicata col nome generico di *condictio incerti*, prese in particolare il nome da ciascun avvenimento che le avea dato origine: così fu nominata *actio ex stipulatu*, *actio ex testamento* etc. secondo che proveniva da una stipulazione, da un testamento, etc. imitando in ciò le azioni del diritto delle genti (*actio commodati*, *depositi*, *pigneratitia*, *empti venditi*, *locati conducti*, *pro socio*, *mandati*), alle quali essa molto più che la *condictio certi* si avvicinava. Così si spiega come la denominazione *ex stipulatu* è riservata spezialmente al caso di stipulazione di oggetti incerti, quantunque però si trovi più volte adoperata anche ne' testi per le stipulazioni certe (5); in tal caso però il giureconsulto o l'imperadore si esprimono in una maniera meno tecnica.

TITULUS XVI.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

TITOLO XVI.

DE'DUE CORREI STIPULANTI E PROMETTENTI.

Il meccanismo della stipulazione era tale appo i romani, che pel medesimo oggetto di obbligazione era possibile che intervenissero o più stipulanti, o più promettenti. E questo poteva aver luogo in due modi ben distinti:

1.° In modo che a principio tutte le interrogazioni da un lato, e dipoi la promessa comune, o tutte le promesse dall'altro si compissero insieme l'una per l'altra, e quantunque più persone avessero interrogato, o più persone risposto, esse nondimeno facessero un sol tutto, un solo e medesimo atto compiuto contenente interrogazione e risposta conforme. In questo casi diceva esservi due, o più *rei stipulandi*, due o più *rei promittendi* detti anche una sola volta in un frammento di Ulpiano *conrei*, o *correi* (6);

2.° In modo che fatta una prima stipulazione seguita da una risposta conforme, e formante in se stessa obbligazione perfetta e principale, intervenisse per garentirla e forticarla un nuovo contratto per parole distinto ma accessorio, nel quale il medesimo oggetto o fosse stipulato verso il medesimo debitore da un secondo stipulante in qualità di aggiunto al primo (e questi era detto *adstipulator*) (7), o fosse promesso al medesimo creditore da un secondo promettente, che rispondeva del primo (e questi era detto in generale *adpromissor*) (8), ma se ne distinguevano in particolare più classi; lo *sponsor* il *fidepromissor*, ed il *fidejussor* (9).

Nel primo caso non vi era che un solo e medesimo contratto per parole, composto di diversi elementi. Nel secondo vi e-

(1) *Gai. Com. 4, § 50.*

(2) *Gai. Com. 4. § 50*—Noi troviamo la formola determinata per mezzo della *demonstratio* pel caso speciale di stipulazione in questi termini: « JUDEX ESTO; QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE, FACERE, OPORTET, etc ». *Gai. Com. 4. § 136.*

(3) *Gai. Com. 4. § 51.*

(4) *Gai. Comm. 4. § 19.*

(5) *Per esempio: D. 17, 2. Pro socio, 42. f. Ulp. — 19, 1, De act. empt. et vend. 28, f. Julian. — 45, 1, 83, § 6, f. Paul. — Cod. 2, 3. De pact. 7, const. Anton.: e 14, const. Gordian—2 4. De Transact. 6. const. Alexand., etc.*

(6) *D. 31, 3.* De libert. legat *3, § 5, f. Ulp.*

(7) *Gai. Com. 3, §§ 110. e seg.*

(8) *D. 45.—1.* De verb. oblig. *3, § 2, f. Pomp. — 46, 3.* De solut. *43, f. Ulp.*

(9) *Gai. Comm. 3. §§ 115. e seg.*

rano più contratti per parole, l'uno principale, e gli altri accessorî (1): e però le espressioni *conrei* per un caso, e *adstipulator*, *adpromissor* per l'altro rispondeano perfettamente all'idea. In fatti l'una dinotava il concorso, la cooperazione, le altre soltanto l'aggiunzione, l'accessione. Ma in tutti e due i casi le diverse stipulazioni o promesse aveano un solo e medesimo oggetto di obbligazione.

Noi quì seguendo il testo ragioneremo de'*duo rei stipulandi*, o *promittendi* e ci riserberemo a trattare sotto il titolo XX, dell'*adstipulator*, e delle diverse classi di *adpromissores*.

Et stipulandi, et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita si post omnium interrogationem promissor respondeat: SPONDEO; *ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat:* UTRIQUE VESTRUM DARE SPONDEO. *Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt:* MAEVI QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? SEJ EOSDEM QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? *si respondent singuli separatim:* SPONDEO.

Due o più persone possono insieme esser parte in una stipulazione, o in una promessa. In una stipulazione, se dopo l'interrogazione di tutti il promettente risponde: PROMETTO, come sarebbe quando a due persone che separatamente abbiano interrogato il promettente rispondesse: IO PROMETTO DI DARE ALL' UNO E ALL' ALTRO DI VOI. Mentre se egli prometterà prima a Tizio, e dopo prometta ad un altro che parimenti l' interroghi, saranno due obbligazioni e non due constipulanti; i quali avranno se si dica: Mevio, prometti tu di dar dieci soldi d'oro? E tu o Seio prometti di dare i medesimi dieci soldi d' oro? e questi rispondano separatamente. PROMETTO.

È facile a determinarne il meccanismo. Esso si deduce da questo principio, che dal momento che un'interrogazione è stata seguita da una risposta conforme, il contratto per parole è formato, dal che segue che se le interrogazioni fossero separate e seguite ciascuna da una risposta, vi sarebbero tanti contratti, tanti crediti, e debiti distinti, ed indipendenti. Per ottenere dunque il risultamento proposto bisogna che tutte le interrogazioni sien fatte prima (sia che un solo, sia che più debbano interrogare), e che di più intervenga la risposta comune, o tutte le risposte successive, se sieno più promettenti. In questa maniera tutte le stipulazioni formano per così dire un solo fascio, al quale risponde la promessa, o il fascio di tutte le promesse, e l'atto è un sol tutto quantunque composto di moltiplici elementi.

I. *Ex hujusmodi obligationibus et stipulantibus* solidum *singulis debetur, et promittentes singuli* in solidum *tenentur. In utraque tamen obligatione* una res vertitur *et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem et omnes liberat.*

1. Per siffatte obbligazioni siccome a ciascuno stipulante si dee la cosa *per intero*, così ciascun promettente è tenuto per l'*intero*. Nondimeno *una sola cosa* è dovuta nell'una e nell'altra obbligazione, e perciò ricevendo l'uno il debito, o l'altro pagando si estingue l'obbligazion di ciascuno, ed ognuno è liberato.

Nel caso di più constipulanti insieme, la cosa è dovuta per intero a ciascuno di loro (*in solidum*); e nel caso di più promettenti insieme, è dovuta da ciascuno di loro per intero (*in solidum*). Avvertite che questa è una conseguena necessaria della natura del contratto per parole. Secondo l' indole dello stretto diritto civile romano, la cosa non poteva andar altrimenti: dal momento che le interrogazioni e le promesse hanno avuto luogo nel modo esposto nel precedente paragrafo, ciascuno de' creditori ha stipulato, ed a ciascuno è stata promessa la cosa per intero; non accade darsi briga di ricercare l' intenzione, essendo precise e chiare le parole; dunque la cosa è dovuta a ciascuno, o da ciascuno di loro per intero (2). Ma questa cosa è dovuta una sola volta, imperciocchè uno ed il medesimo è l'oggetto che tutti hanno stipulato, o promesso; e vi ha nel contratto unità d'oggetto di obbligazione (*una res vertitur*, secondo il nostro testo, *una et summa est*, secondo Ulpiano). Da questa dizione *in solidum* è

(5) *Gai. Comm. 3. § 126.*

(1) Nel frammento di Papiniano (*D. 45, 2. De duobus reis constituendis 11*, §§ *1, e 2*,) il giureconsulto è consultato sopra uno scritto (*cautio*) comprovante aver avuto luogo delle stipulazioni tra più persone; ma lo scritto non esprime abbastanza che esse abbiano avuto luogo nella forma necessaria per costituire l'obbligazione *in solidum* In conseguenza Papiniano decide che i diversi stipulanti, o i diversi promettenti non han diritto, o non sono obbligati che ciascuno per la parte virile (*virilem partem*). Ma questo testo nel tempo medesimo ci prova che le stipulazioni, o le promesse avrebbero potuto esser concepute in modo da produrre non un'obbligazione *in solidum* ma per *parti virili*, per esempio se, per valerci della specie di Papiniano, lo stipulante indirizzandosi collettivamente a più persone avesse detto: « *Antoninus, Achilleus, et Cornelius divus, centum dare spondetis* », e questi avesser risposto: « *Spondemus* ».

venuta appo noi la denominazione di obbligazione *solidale*, di creditori o debitori *solidali*, dato a questo genere di obbligazione.

In questa particolar forma del contratto per parole vi sono tante obbligazioni per quanti sono i constipulanti, o i compromettenti, ovvero ve ne ha una sola? Troppo comunemente si stabilisce per principio fondamentale, che ve ne sia una sola. Questa asserzione è inesatta, e però senza potere spiegare tutte le conseguenze giuridiche del contratto, questa parrà in armonia con alcune, ed in aperta contraddizione con altre. La verità è che è mestieri distinguere secondo l'aspetto sotto il quale il contratto si riguardi. Se si considera sotto il rapporto dell'oggetto dell'obbligazione, egli è certo non esservi che un solo oggetto, perciocchè la cosa medesima è dovuta a ciascuno, o da ciascuno per intero, e non è dovuta che una sola volta. Ecco in qual senso i giureconsulti han potuto dire esservi una sola obbligazione, ecco come, trattando di questa materia, han potuto esser indotti ad usare la parola obbligazione al singolare, come in effetti trovasi adoperata al singolare in più frammenti di Giavoleno, di Ulpiano, e di Giuliano(1). Ma se si consideri il contratto sotto il riguardo delle persone che sono il subbietto attivo o passivo del diritto, e soprattutto, se si abbia riguardo alla natura dell' obbligazione, che porta l'idea di un legame, di un vincolo, di una relazione giuridica tra il creditore e il debitore, si comprenderà di leggieri, che nel caso, per es., di più stipulanti insieme, il promettente è legato a ciascun di loro, e che per conseguente vi son tanti legami, tante obbligazioni, quanti sono gli stipulanti, e che il medesimo è da dirsi del caso di più promettenti insieme, essendochè ciascuno di loro è legato verso il creditore. E però i giureconsulti romani quando considerano il contratto sotto il rapporto delle persone, formalmente enunciano codesta moltiplicità di obbligazioni: « *nam etsi maxime parem causam suscipiant, nihilominus in cujusque persona, propria singulorum consistit obligatio* » dice testualmente Papiniano(2); *Duas obligationes eum sustinere dicendum est* », dice Venuleio parlando del caso, in cui o l'uno de' due promettenti, o l'uno de' due stipulanti divenisse erede dell'altro(3). Egli è vero che tutti questi legami, tutte queste obbligazioni si trovano in una certa connessione, e scambievole dipendenza, perciocchè hanno un solo e medesimo oggetto, ma la connessione tuttavia non è tale, che non possa intervenire che una di queste obbligazioni sia nulla (per esempio, se uno degli stipulanti, o promettenti fosse incapace), e le altre restino valide; ovvero che una sia disciolta, e le altre continuino a durare. La qual cosa è una pruova evidente che siffatte obbligazioni, quantunque identiche e riunite in un fascio in quanto all'oggetto, sono nondimeno moltiplici e distinte in quanto alle persone. Questi due principii che sono il complemento l'un dell'altro, servono a spiegare razionalmente le regole di questa sorta di obbligazioni. Da questi in somma si può dedurre che ogni cagione di nullità o estinzione, che cade sull'oggetto medesimo (*in rem*) annullerà, o estinguerà tutte le obbligazioni, ma quelle che sono esclusivamente relative alla tale o tal' altra persona non produrranno effetto che relativamente all'obbligazione di questa tale persona solamente.

Così, a cagion d'esempio, se l'oggetto sia pagato (*solutio*), o dichiarato solennemente tenuto per pagato (*acceptilatio*), ovvero se intervenga novazione (*novatio*), o qualsivoglia altro atto considerato come equivalente a pagamento, tutte le obbligazioni sono estinte (4). Per contrario se uno de' debitori sia esentato dall'obbligazione, per diminuzione di capo (5), o se sia intervenuto solamente un patto di remissione fatto da uno degli stipulanti

(1) « *Cum duo eamdem pecuniam aut promiserint aut stipulati sint... petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio* » (D. 45, 2, 2, f. Javol). — « *Utique enim cum una sit obligatio, una et summa est* ». (Ivi 3, § 1, f. Ulp.). Si dee confessare però che sarebbe stato più esatto l'invertire la proposizione. — Ivi 6, § 3, f. Julian. « *obligationem reorum, contrarius obligationi* », al singolare.

(2) *D. 45, 2, 9, § 2, f. Papin.*

(3) *D. 45, 2, 13, f. Venulej.*

(4) *D. 45, 2, De duobus reis constituendis 2, f. Javol. e 3, f. Ulp. — 46, 4, De acceptil. 16, f. Ulp. — 12, 2, De jurejur. 27, f. Gai. e 28, pr. f. Paul.* — Nel caso di più stipulanti insieme si disputa se uno di loro poteva liberare il debitore per novazione, *Afferm. D. 46, 2, de novat. 31, § 1, f. Venulej.* — *Negat. 2, 14, de pactis 27. pr. f. Paul.* Nel caso di più promettenti insieme per la questione analoga, cioè se la novazione fatta dal creditore con uno de' debitori liberi gli altri, l'affermativa non pare potersi mettere in dubbio. *D. 16, 1, Ad sen-cons. Vellej. 8, § 11, f. Ulp. e 20. f. Afric.*

(5) *D. 45, 2, 19, f. Pomp.*

in favore di uno de' promettenti (1), gli effetti di questi avvenimenti son ristretti al diritto delle persone alle quali hanno relazione, ma l'obbligazione degli altri rimaan salda.

Nel caso di più constipulanti insieme, ciascuno di loro ha l' azione per l' intero (*in solidum*) contra il debitore comune; ma dal momento che uno di essi ha intentata l' azione, non può più farsi pagamento, o valide offerte agli altri (2). Reciprocamente nel caso di più conpromettenti insieme, il creditore ha azione contro ciascuno di loro per l'intero (*in solidum*). e può convenire chi meglio li pare(3). Ma dal momento che egli ha diretta la sua azione contro uno di loro, gli altri promettenti si trovano per questo liberati? I frammenti de' giureconsulti, almeno come si trovano nel digesto, non sembrano d'accordo sopra questo punto per quel che riguarda l' antico diritto (4). E mestieri su questo proposito richiamare alla mente, che sotto il sistema del procedimento formolario nelle azioni *in personam* qualificate *legitima judicia* in quella parte del procedimento, che addimandavasi *litis contestatio*, si operava una novazione (5). Da quel punto, e per effetto di questa novazione i promettenti diversi da colui che era in causa, trovavansi liberati. Sotto Giustiniano che il procedimento formolario da gran tempo non è più in uso, il sistema è mutato, e noi troviamo nel Codice una costituzione di questo principe, la quale formalmente decide che il creditore rivolgendosi contro uno de' promettenti non libera gli altri, ma conserva contro ciascuno di loro tutte le sue azioni in fino a che non sia interamente soddisfatto (6).

Oltre le relazioni di creditore a debitore che abbiamo esaminate, sono ancora in questo contratto da regolare le relazioni de' diversi constipulanti, o de' diversi conpromettenti tra loro. I giureconsulti romani distinguevano a tal riguardo se vi era tra essi una società (*si socii sint*), una comunione, o relazione qualunque di diritto, che li obbligasse a mettere in comune il risultamento dell'affare, o a rendersene conto. Se vi era una somigliante comunione o relazione: il constipulante che avea ricevuto tutto, poteva esser convenuto dagli altri, acciocchè il risultamento fosse renduto comune fra loro in proporzione del diritto di ciascuno, e questo per mezzo dell'azione di società, di mandato, o qualsivoglia altra azione prodotta dal legame che li univa. In difetto di tal comunione o relazione, e stando al diritto stretto e letterale della stipulazione, bisognerà dire che il constipulante il quale ha ricevuto il tutto non ha nulla a rendere ai suoi compagni di stipulazione, e che il promettente, il quale ha pagato il tutto, non ha nulla a ricuperare da' suoi compagni di promessa; poichè la stipulazione sola, e per se medesima non ingenera niuna somigliante obbligazione (7).

II. *Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem, vel sub conditione obligari potest; nec impedimento erit dies aut conditio, quominus ab eo qui pure obligatus est, petatur.*

2. Di due compromettenti uno può obbligarsi puramente, l'altro sino a un certo dì, o sotto condizione, e la condizione, o il termine non darà impedimento che non si possa domandare a colui che si è puramente obbligato.

Giacchè, avendo in considerazione le persone, convien riconoscere più legami, ciascuno di questi può esser diversamente modificato: uno può esser puro e semplice, l'altro a termine o sotto condizione. Ma riguardo alla cosa, oggetto dell'obbligazione, essa dee sempre esser la medesima per tutti.

La stipulazione, adoperata secondo le combinazioni indicate in questo titolo, non è l'unica sorgente de' crediti e delle obbligazioni solidali tra più persone (*in*

---

(1) *D. 2, 14. De pactis 21*, §§ *5, 25, e 27, pr. f. Paul.* Ma se il patto di remissione intervenuto tra il creditore, ed uno de' promettenti è ciò che i romani dicono *in rem*, vale a dire generale, e non solamente in favore della persona, esso giova a tutti i debitori.

(2) *D. 45, 2, 16, fr. Gai.* — La ragione è che la cosa, l'oggetto della obbligazione si trova per intero dedotto *in judicio*. D. 46, 2. *De novat. 31*, § *1. f. Venulej.*

(3) *D, 45, 2, 3*, § *1, f. Ulp.* — *Cod. 8, 40, De duobus reis stip. et prom. 2, e 3, const. Diocl. e Maxim.*

(4) Per la libe razione degli altri compromettenti: *Dig, 45, 2, 2, f. Javol.* — *21, 2, De evict. 51.* § *4, f. Ulp.* — *45, 1. De verb. oblig. 116.* Paul. sopra un fram. di Papiniano. — Si oppone: D. 40, *(de legat. 1,)* 8, § 1 Pomp. — 16, 3, *Deposit. 1*, § *45, f. Ulp.* ove non si tratta che di deposito.

(5) *Gai.* Comm. 3, § 180.

(6) *C. 8. 41, (De fidejus.) 28, const. Justinian.*

(7) *D. 35, 2, Ad leg. Falc. 62, pr. f. Ulp* — *46, 2, De novat. 31*, § *1, f. Venulej.* — *C. 8, 40. De duob. reis. 2, const. Dioclet. e Maxim.*—Questa era una regola generale e rigorosa risultante dalla natura della stipulazione, ed applicata egualmente in altri casi. *D. 46, 1, De Fidejus. 39, f. Mod.*

solidum). La solidalità, quantunque con qualche modificazione secondo i casi, può provenire da diverse altre ragioni: o da un contratto diverso da quello che si forma per parola, o dalle disposizioni d' un testamento, o da un delitto comune, o dalla legge (1).

All obbligazione solidale tra più persone la dottrina oppone l'obbligazione che è tra più creditori, o tra più debitori, ma in maniera che ciascuno non abbia diritto, o non sia obbligato che ad una parte solamente. In questo caso vi ha in sostanza e riguardo alle persone, e riguardo all'oggetto tante varie obbligazioni quanti sono i creditori, o i debitori. I comentatori han chiamato questa specie d'obbligazione *obligatio pro rata*. La giurisprudenza romana non l'ha distinta nè classificata metodicamente; tuttavia vi si lascia intraveder qualche volta sotto le frasi: *pro parte teneri*; *virilem partem stipulari*; *partes viriles deberi*; *pro portione virili conveniri* etc. (2).

In ultimo vi è eziandio un' altra specie d'obbligazione tra più debitori, nella quale ciascuno è tenuto per l'intero (*in solidum*), ma con la facoltà di opporre ciò che dicesi benefizio di divisione Noi avremo a ritornarvi trattando di ciò che riguarda i fidejussori (3).

TITULUS XVII..

DE STIPULATIONE SERVORUM.

TITOLO XVII.

DELLE STIPULAZIONI DEGLI SCHIAVI.

Noi abbiamo già veduto per mezzo di quali persone si può acquistar la proprietà, il possesso, il benefizio de' legati o delle istituzioni (V. I. p. 315 e p. 368). E la medesima quistione si presenterà nuovamente in un titolo ulteriore (quì appresso tit. 28) per quel che riguarda l' acquisto delle obbligazioni in generale; e nondimeno le Instituzioni di Giustiniano a proposito del contratto formato per parole trattano quì come per anticipazione, d'una materia la quale non è che una parte della precedente: cioè della stipulazione fatta dagli schiavi (4).

Noi sappiamo che lo schiavo secondo il diritto civile rigoroso, e per rispetto al diritto di proprietà che il suo padrone ha sopra di lui non è una persona, cioè non è un attore che può rappresentare per se una parte sulla scena giuridica, o in altri termini egli non è capace di avere de' diritti o di esservi tenuto. Ma noi sappiamo eziandio che il diritto civile lo considera in certi casi come abile a rivestir la persona e la maschera giuridica del suo padrone, come abile a figurare, o fare una parte giuridica come rappresentante del suo padrone e per conto di costui (v. I. p. 94). In questo caso, siccome elegantemente dice Teofilo nella sua parafrasi, la persona del padrone personifica lo schiavo. Noi abbiamo già veduto le conseguenze di questo principio in quanto alla capacità comun cata agli schiavi per conto dei loro padroni, di ricevere un legato o d'essere istituiti eredi.

In materia di obbligazioni risultanti da contratti la regola di diritto civile a questo riguardo è che lo schiavo così personificato è ammesso a figurare in un atto per obbligare gli altri verso il suo padrone, ma non per obbligare il padrone verso gli altri. « *Servus autem ex contractibus non obligatur;* » *in personam servilem nulla cadit obligatio*, dicono Paolo ed Ulpiano (5). La qual cosa è vera in doppio senso: 1° che lo schiavo individualmente e per suo conto non può secondo il diritto civile obbligarsi per contratto più che non potrebbe acquistare alcun diritto di credito; 2° che anche in quanto sostiene la persona del suo padrone non può obbligar costui secondo il diritto civile.

Tuttavia e sotto questa doppia relazione il rigore dello stretto diritto fu temperato. Da una parte la filosofia de' giureconsulti romani restituì allo schiavo la sua persona naturale, riconobbe i suoi diritti

(1) « *Fiunt duo rei promittendi ... non tantum verbis stipulationis, sed et caeteris contractibus, veluti emptione, venditione, locatione, conductione, deposito, commodato, testamento* ». *D. 45. De duob. reis. const. 9, pr. f. Papin. 15, 6. Commodat. 5, § 15, f. Ulp. — 19. 2, Locati 15, § 9, f. Ulp.—50,* (De legat. I.) *8, § 1, f. Pomp.—31,* (De legat. II.) *16, f. Paul. — 4, 2. Quod metus causa 14, § 15, f. Ulp.— 9, 3. De his qui effuderint 3, f. Ulp. — C. 4, 8, De condict. furt. 1, const. Diocl. e Maxim. — C. 7, 55, Si plures una sententia condemnati sunt. 1, const. Alex.* — Nondimeno confr. *D. 42, 1. De re judic. 43, f. Paul.*

(2) *D. 13, 6, Commod. 5, § 15, f. Ulp. — 45. 2, De duob. reis. 11, § 1, e 2, f. Papin. — 42, 1, De re judic. 43, f. Paul.—C. 7, 55: Si plures una sent. 1, const. Alex.*

(3) Quì appresso tit. 20 § 4.

(4) Un titolo particolare del Digesto è ugualmente consacrato a questa materia. *D. 45, 3. D. stipul. servorum.*

(5) *D. 44, 7. De oblig. et act. 43, f. Paul.—50. 17. De reg jur. 22, pr. f. Ulp.*

di credito, e le sue obbligazioni naturali. « *Servi ex delictis quidem obligantur: etsi manumittantur obligati remanent; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur; sed naturaliter et obligantur, et obligant* », dice Ulpiano (1). D'altra parte il diritto pretorio distinse più casi, e certi confini entro i quali considerò i padroni come obbligati per le operazioni de' loro schiavi (2).

Dopo esposte queste nozioni generali veniamo a ciò che riguarda spezialmente il contratto formato per parola (*verbis*).

Questo contratto presenta due parti giuridiche ben distinte: stipulare, o promettere (p. 89). Solo la prima parte, quella cioè di stipulante può lo schiavo essere ammesso a rappresentare come rivestito della persona del suo padrone, ma non gli è permesso di figurare da promettente; la stipulazione sarebbe inutile, come il testo ci dirà fra poco (quì appresso tit. 19 § 6); e questo per effetto del principio generale che abbiamo già stabilito: « *Servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem uti* ».

Facciamoci dunque a ricercare qual' è il destino delle stipulazioni fatte dagli schiavi. Le difficoltà della materia si raccolgono intorno a queste due quistioni: 1° ha capacità lo schiavo, e per conseguente è valida la stipulazione? 2° a chi appartiene il risultamento della stipulazione? Per risolverle non si debbono perder di vista i principî generali già conosciuti: 1° lo schiavo trae la sua capacità dalla persona del padrone; a costui dunque si dee aver riguardo per giudicare della capacità; 2° egli acquista il benefizio della stipulazione a pro del suo padrone. Ma al padrone di qual tempo? a quello del tempo in cui la stipulazione s'è fatta anche nel caso di stipulazione condizionale; imperocchè a differenza di ciò che avviene pel caso di legato o d' istituzione di erede, quì, secondo i principî già fermati più sopra (p. 96) il legame, tuttochè eventuale, si forma al momento medesimo del contratto: « *Quia ex praesenti vires accipit stipulatio* (3) ». 3° Da ultimo l'obbligazione qui risulta strettamente dalle parole (*verbis*): dal che conseguita che bisogna tenersi strettamente alla loro forma per giudicare dell'obbligazione che ne risulta, e per vedere se queste parole sono in armonia con le condizioni essenziali della materia. Per modo che in definitivo la validità, e gli effetti diversi delle stipulazioni fatte dagli schiavi dipendono e dalle diverse condizioni domenicali in che questi si posson trovare, e dalle parole che nell'interrogazione hanno adoperate.

Posto ciò, può intervenire che lo schiavo si trovi in una di queste condizioni: 1° ch'egli appartenga ad un solo padrone; 2° ad un'eredità giacente; 3° a più padroni in comune; 4° in nuda proprietà ad uno, ed in usufrutto, od uso ad un altro; 5° che sia schiavo di un altro, o anche uomo libero posseduto di buona fede come schiavo; 6° schiavo pubblico; 7° o da ultimo che non abbia padrone. Percorriamo rapidamente questi diversi casi seguendo il testo.

Servus ex persona domini jus stipulanti habet. Sed hereditas in plerisque personae defuncti vicem sustinet; ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, adquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto adquiritur.

Lo schiavo trae dalla persona del padrone il diritto di stipulare. Ma l'eredità in molti casi rappresenta la persona del morto. Laonde quel che lo schiavo ereditario stipula innanzi che l'eredità sia accettata, s'acquista all'eredità, e per questo parimente a colui che di poi diventa erede.

1° *Lo schiavo ha un solo padrone.* Questo primo caso non presenta molte difficoltà. Lo schiavo prende la sua capacità da quella del padrone; ed a pro del medesimo acquista il benefizio della stipulazione dall' istante che la stipulazione ha luogo. Se dunque il padrone per qualsivoglia cagione non sia capace di acquistar questo tale benefizio, la stipulazione è inutile; come, per esempio, se lo schiavo ha stipulato una servitù prediale, ed il padrone non abbia alcun fondo (4). Se il padrone è prigioniero presso il nemico, e lo schiavo abbia stipulato *nominatamente* per questo

(1) *D. 44, 7. De oblig. et act. 14, f. Ulp.*—Ved. quì appresso tit. 21. *De fidejus.* § 1, relativo a' fidejussori che possono validamente darsi per garentire le obbligazioni naturali degli schiavi.

(2) Ved. quì appresso lib. 4, tit, 7. *Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur.* — D. 45, 1, *Verb. oblig.* 1, pr. f. Ulp.

(3) *D. 45, 3, De stip. serv. 26, f. Paul.* — *Vatic. J. R. Fragm.* § 55.

(4) Ma basterebbe per la validità della stipulazione che il padrone avesse un fondo quando anche questo fondo non fosse nel peculio dello schiavo stipulante. A differenza del legato di servitù prediale fatto allo schiavo, il quale non è valido se non in quanto lo schiavo abbia un fondo nel suo peculio. Noi abbiamo spiegato la ragione di questa differenza (Vol. I. p. 278).

padrone, la stipulazione sarà in sospeso: se il prigione ritorna, questa sarà valida per diritto di *postliminium*; se muore appresso gl'inimici, sara nulla, senza potersi applicare agli eredi, perchè le parole hanno indicato nominatamente il prigioniero, che era incapace, ed egli è morto in questo stato (1). Il principio che la stipulazione anche condizionale è acquistata al padrone che lo schiavo avea al momento che ha stipulato. « *Quia ex praesenti vires accipit stipulatio* » è tanto vero, che la stipulazione si acquista a questo padrone eziandio nel caso che lo schiavo l'avesse fatta a termine, ovvero sotto condizione, pel tempo ch'ei si troverebbe alienato od affrancato (2). Del resto l'acquisto del credito ha luogo a vantaggio del padrone, anche se la stipulazione sia fatta contro la sua volontà (*vetante domino*) (3).

2.° *Lo schiavo appartiene ad un' eredità.* L'eredità fino all'adizione sostiene la persona, la maschera giuridica del defunto. Lo schiavo da questo principio attinge la capacità di stipulare non altrimenti che d'esser gratificato d'un legato, o istituito erede, ed il benefizio della stipulazione ch'ei fa, sotto condizione, a termine, o pura e semplice che si voglia si acquista all'istante medesimo all'eredità. Ma se vi è nell' eredità una persona morale giuridica, egli è certo però che non vi è individuo, o persona fisica. Se dunque il diritto stipulato dallo schiavo ereditario è tale per sua natura che richiede necessariamente, l' esistenza d'una persona fisica, la stipulazione è inutile (4). Così lo schiavo ereditario non potrà stipulare neppur condizionalmente un diritto di usufrutto o di uso; ed al contrario un diritto di tal fatta potrebbe essergli validamente legato, perchè il beneficio del legato non è così immediatamente fissato come quello della stipulazione a vantaggio dell' eredità, e perchè basta che la persona fisica necessaria alla costituzione del diritto esista al momento che il medesimo si fisserà, cioè al momento del *dies cedit* (5).

1. *Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino adquirit.* Idem juris est et in liberis *qui in potestate patris sunt ex quibus causis adquirere possunt.*

1. Lo schiavo poi acquista a pro del suo padrone o che stipoli pel padrone, o per se medesimo, o per un suo compagno, o anche senza far menzione d'alcuna persona. *Il medesimo si dice de' discendenti* che sono in potestà del padre, per quelle cause per le quali possono acquistare.

Questo paragrafo è relativo alle parole della stipulazione spezialmente per quel che riguarda la indicazione della persona a vantaggio della quale è fatta. La regola generale è che vi debba essere accordo tra questa indicazione, ed i principî relativi all'acquisto della stipulazione. Siffatto accordo si vede in tutti gli esempî arrecati nel testo (6). Ma se lo schiavo stipulasse per un estraneo (cioè per una persona diversa dal padrone), o ciò che tornerebbe lo stesso, per lo schiavo di un estraneo, la stipulazione sarebbe inutile, perchè sarebbe fatta per una persona, per la quale lo schiavo non può acquistare (7).

Parimente, in quanto allo schiavo ereditario, egli può fare la stipulazione o nominatamente per se medesimo (*sibi*), per l'eredità, per uno schiavo dell' eredità; o *impersonaliter* senza indicazione di persona. Ma egli non potrebbe farla nominatamente pel defunto, poichè farebbe intervenire una persona che non esiste più (8). Potrebbe egli farla per l'erede futuro (*futuro heredi nominatim*)? Questa è una di quelle quistioni, sulle quali vi era stato disparere tra le due sette di giureconsulti, e noi troviamo nel Digesto le due contrarie opinioni. Così noi vediamo che Procolo, Papiniano, Paolo erano per la negativa; e Paolo ce ne dà la ragione: ed è che al momento in cui è fatta la stipulazione, ed in cui deve per conseguenza acquistarsi il diritto, l'erede futuro non è il padrone dello schiavo, ma è tuttora un estraneo per lui: *quia stipulationis tempore heres dominius ejus non fuit* » (9). Per contrario Cassio, e dopo lui Gaio, e Modestino rispondeano affermativamente come conseguenza del principio da loro ammesso, che l'erede dopo l'adizione è riputato esser succeduto al defunto nel mo-

(1) *D. 45, 3, 18, § 2, f. Papin.*
(2) *Ivi 40, f. Pomp.*
(3) *D. 45, 1, Verb. oblig. 62, f. Julian.* — *41, 1. De adquir. rer. domin. 52, f. Gai.*
(4) *D. 41, 1. De adqu. rer. domin. 16, f. Hermog.*
(5) *D. 45, 3, 26,* frammento di Paolo che si trova eziandio identicamente nei Frammenti del Vaticano § 55. — *7, 4. Quib. mod. usuf. amit. 18, f. Pomp.* — *7, 3. Quando dies usuf. legati cedat. 1, § 2, f. Ulp.* — Ved. anche ciò che noi abbiam detto (*V. 1. p. 278. not. 2*)
(7) *D. 45, 3. 15, f. Florent.*
(6) *Ivi 30. f. Paul.* — *13, f. Ulp.* — *14, e 1, § 3, f. Julian.*
(8) *Ivi 18, § 2, f. Papin.*
(9) *Ivi 16, f. Paul.* — *18, § 2, f. Papin.*

mento medesimo della morte: « *quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse* (1) ». Ed è questa la sola conseguenza utile che si scorga ne'testi, di questo principio di retroattività in fatto di adizione (2).

Idem juris est in liberis. Nondimeno tra il figliuolo di famiglia, e lo schiavo vi ha per rispetto alla capacità di contrattare delle differenze radicali alle quali si dee ben por mente. Il figliuolo di famiglia tuttochè soggetto alla potestà paterna, in fondo è libero, e cittadino. Se egli è assorbito nella persona del padre, questo avviene unicamente in ciò che riguarda il patrimonio di famiglia. Che anzi l' introduzione de' peculi è venuta a dargli, anche per questo rispetto, e nell'ordine dei beni, una persona abile ad avere qualunque diritto, o ad esservi tenuta. Dal che segue che il figliuolo di famiglia può per contratto obbligare gli altri verso di lui, ed obbligarse verso gli altri, e che le stipulazioni o promesse ch'egli fa prendono la loro validità dalla sua propria persona, e non già unicamente da quella del padre. Questo era da gran pezzo lo stato del diritto romano al tempo de'giureconsulti, i cui frammenti si trovano nel Digesto (3). In fatti noi vediamo che l'*adstipulatio* spezie di stipulazione accessoria, il cui diritto resta esclusivamente limitato alla persona dell'*adstipulator*, e che egli non può acquistare nè trasmettere ad altri, neppure a'suoi proprî eredi, può validamente esser fatta da un figliuolo di famiglia, mentrechè mai non può esser fatta validamente dallo schiavo (4). In quanto alla quistione di sapere per chi viene acquistato il diritto risultante dalle stipulazioni fatte dal figliuolo di famiglia è mestieri riportarsi alle regole sopra i diversi peculî (v. 1. p. 316). Del rimanente questa materia ritornerà tra breve in un titolo speciale (quì appresso tit. 28).

II. *Sed cum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur*, ut sibi ire, agere liceat. *Ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.*

2. Ma quando nella stipulazione si contiene un *fatto*, si ha riguardo alla persona di colui che stipula, come sarebbe se il servo stipulasse che *gli fosse lecito di passare e condurre.* Imperciocchè in questo caso a lui non debb'esser vietato l'andare ed il condurre, ma ben si può vietare al padrone.

Factum. Questa è l' applicazione d' un principio che noi troviamo espresso da Paolo in materia di legato e d'istituzione d'eredi « *Quae facti sunt non transeunt ad dominum* (5) ». In fatti se così non fosse, si muterebbe l'oggetto promesso e si sostituirebbe nell' esecuzione del fatto un individuo ad un altro. Ma in fondo lo schiavo non è mai altro che uno strumento; poichè spetta al padrone il diritto di comandare allo schiavo che faccia il tal fatto.

Ut sibi ire, agere liceat: Quì non si tratta d'una servitù di un fondo, la quale sarebbe costituita come qualità inerente al fondo medesimo (6); ma d' un semplice fatto individuale, che il padrone acquista il diritto di far esercitare dal suo schiavo (7).

III. *Servus communis, stipulando, unicuique dominorum pro portione dominii adquirit, nisi jussu unius eorum aut nominatim cui eorum stipulatus est; tunc enim ei soli adquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis adquiri non potest, solidum alteri adquiritur, veluti si res quam dare stipulatus est unius domini sit.*

3. Lo schiavo comune stipulando acquista per ciascuno de'padroni a proporzione del dominio, se per avventura non avesse stipulato per comandamento d'un solo di loro, o di un solo di essi nominatamente, poichè allora si acquista solamente per quel tale. Quel che lo schiavo comune stipula, se non può acquistarsi per l' uno dei padroni, si acquista interamente per l'altro, come sarebbe se la cosa ch'egli ha stipulato che sia data, fosse di uno de'padroni.

3.° *Lo schiavo appartiene a più padroni in comune*; 4° *all'uno in proprietà, all'al-*

(1) *D. 45, 3, 28, § 4, f. Gai. 35. f. Modest.* — Ved. in quanto al principio di retroattività *D. 29, 2. De adquir. vel amit. hered. 54, fr. Florent.; e 50, 17, 195, f. Cels.*

(2) Noi non parliamo delle conseguenze del diritto religioso, che Gaio ci indica nel medesimo frammento, e che consistono in ciò, che la famiglia dell'erede è riputata contaminata pel lutto (*familia funesta facta*) dal momento della morte del defunto, e da questo momento nella necessità di essere purgata con sacro rito.

(3) *D. 44, 7.* De oblig. et action. *59, f. Gai: Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur.*»—*45, 1.* De verb. oblig. *141. § 2, f. Gai.* — *5, 1.* De judic. *57, f. Ulp.* « *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias* competit actio ». — E quì appresso tit. *19, § 6.* — Ved. nondimeno *D. 44, 7, 9, f. Paul: e 45, f. Paul.*

(4) *Gai. Comm. 3, § 114.*—Noi abbiam già detto in generale che cosa è *l'adstipulatio* (quì sopra tit. XVI.), e fra poco avremo a spiegarne i particolari.

(5) *D. 35, 1.* De condit. et demonstr. *44, pr. f. Paul.* (6) *D. 45, 3, h. tit. 17, f. Pomp.*

(7) Ved. su questo genere di stipulazione *D. 45, 1.* De verb. oblig. *38. § 6. f. Ulp., e 150, f. Paul.*

tro in usufrutto o in uso; 5° *egli è schiavo di un altro, o anche uomo libero posseduto di buona fede come schiavo*. Siccome l'esame di questi diversi casi viene più appresso nel testo sotto il titolo particolare: *Per quas personas nobis obligatio adquiritur*, noi quì ci staremo contenti alle disposizioni contenute nel nostro paragrafo, e rinvieremo per più ampie spiegazioni al titolo particolare (quì appresso tit. 28).

6.° *Lo schiavo è schiavo pubblico*: cioè appartiene alla Repubblica, o anche più strettamente ad un municipio o ad una colonia: Ulpiano dice che la stipulazione fatta da un tale schiavo è valida (1); e che il beneficio se ne acquista alla corporazione proprietaria dello schiavo. Da ciò si è cavato un mezzo degno di osservazione, di fare stipulare a vantaggio di un pupillo *infans* che non si trova per conseguenza in istato di pronunziare le parole dell'interrogazione, e che non ha schiavi in sua proprietà. In questo caso la stipulazione sarà fatta da uno schiavo pubblico, il quale stipulerà nominatamente pel pupillo, e siccome quest'ultimo in qualità di membro della città ha parte nella proprietà comune di questo schiavo, così la stipulazione sarà acquistata a lui (2). La qual cosa noi abbiam già veduta pel caso dell'arrogazione di un impubere (v. l. p. 142) e per la sicurtà che si dà dai tutori (Id. p. 189); che anzi sappiamo esser la cosa venuta a tal termine che questo procedimento fu esteso, e queste funzioni furono adempiute da persone libere. Tuttavia vi era nel fondo una derogazione ai principî sì in quest' ultimo caso, e sì ancora nel primo: in fatti i membri della corporazione non avrebber potuto ciascuno in particolare stipulare per mezzo dello schiavo pubblico; se ciò si era ammesso per l' *infans*, questo era a cagione dell'impossibità di fare altrimenti, e però da cosiffatte stipulazioni non nasceva che un' azione *utile*.

7° *Lo schiavo non ha padrone*. Questo caso si presenta quando il padrone dello schiavo ne ha fatto l' abbandono (*pro derelicto habuit*), non volendolo più avere per se (*omnimodo a se rejecit*), e in fino a che altri non abbia occupata questa proprietà abbandonata. Le stipulazioni fatte dallo schiavo in questo stato son nulle, perchè non avendo egli padrone, non può da alcuna derivar la sua capacità.

(1) *D. 45, 3, h. tit. 8. f. Ulp.*
(2) *Ivi 36, f. Javol.*
(3) *Gai. Comm. 4, § 13.*

TITULUS XVIII.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

TITOLO XVIII.

DELLA DIVISIONE DELLE STIPULAZIONI

Il contratto formato per parole (*verbis*) è per regola generale come tutti gli altri contratti, il risultamento della volontà, della convenzione spontanea delle parti. Non pertanto vi erano appresso i romani molti casi ne' quali questo contratto era prescritto dall'autorità; ovvero era ingiunto alle parti di legarsi per via di promessa verbale in risposta alla stipulazione di un altro.

Fin dal sistema delle azioni delle legge, nella prima di queste azioni, nel *sacramentum* (ved. qui sopra *Esposiz. General. del dr. rom.* n° 89) noi vediamo la traccia di cosiffatte obbligazioni verbali imposte dal rito di quest'azione: sì nelle formole con le quali le parti si provocano, e fanno la loro scommessa sacramentale, sì nei garanti (*praedes*) che debbono dare al pretore, e che si obbligano di risponder per loro del pagamento DEL SACRAMENTUM (3), e sì ancora e più chiaramente quando si tratta di vindicazione, ne' garanti che quella parte, la quale ho ottenuto il possesso provvisorio dell'oggetto litigioso, dee per comando del pretore dare all altra per sicurtà della restituzione della cosa, e dei frutti se vi sia luogo (*praedes litis et vindiciarum*) (4).

Sotto il procedimento formolario, noi troviamo la medesima necessità in molti casi, i quali spesso non sono che una modificazione, una trasformazione raddolcita delle precedenti istituzioni. Tali sono la *sponsio et restipulatio*, cioè provocazioni reciproche tra le parti acciocchè quella che sarà riconosciuto aver torto sia tenuta al pagamento d'una determinata somma: come ce l' indica Gaio per l' azione personale *certae creditae pecuniae*, e per taluni interdetti (5). Tale è ancora nelle rivendicazioni la *sponsio* fatta dall'attore tanto per provocare il pagamento d' una somma, quanto per farsi garentire la restituzione della cosa e de' frutti (*stipulatio pro praede litis et vindiciarum*) (6). Tale è nella rivendicazione ridotta a maggior semplicità (*formula petitoria*) la stipula-

(4) *Gai. Comm. 4. § 16.*
(5) *Gai. Comm. 4. §§ 13, 141, 166, e 167.*
(6) *Ivi §§ 91, e 93.*

zione che il convenuto eseguirà il giudicato (*stipulatio judicatum solvi*) (1). Tali sono, in fine, il *vadimonium*, o stipulazione che l'avversario si presenterà *in jus* nel giorno indicato(2), e alcune altre promesse e garentie di procedura.

Al tempo in cui i *judicia extraordinaria* sostituirono compiutamente i due sistemi precedenti, l'andamento della procedura ci presenta eziandio questa necessità di certe promesse per istipulazione imposte quando all'una e quando all'altra delle parti (3). Di maniera che in definitivo sotto i tre sistemi che si succedettero questo genere di stipulazioni ci si presenta come conseguenza delle formalità rituali della procedura.

Oltre a ciò molte altre circostanze anche fuori il corso, e la forma di un giudizio richiedevano l'uso di somiglianti stipulazioni imposte per autorità. Il carattere generale di cosiffatte circostanze è che vi si tratta di far dare sicurtà per l'avvenire ad una persona, contro i rischi, ai quali senza sua colpa si trova esposta per riguardo di un'altra (4).

Queste stipulazioni per ordine dell'autorità sono di due sorte. Talvolta richiedono una semplice promessa (*nuda repromissio*) da parte di colui che vi è tenuto, talvolta anche l'intervento di fidejussori i quali rispondano eziandio, e si obblighino per lui (*satisdatio*). Quest'ultima sorta è più frequente, quelle per le quali basta una semplice promessa, sono in poco numero (5), ed i giureconsulto han cura di enumerarle (6).

Questa maniera di procedere farà forse maraviglia. In vece d'ingiugnere ad una parte di legarsi con una promessa in risposta alla stipulazione di un'altra, perchè il magistrato o il giudice non opera egli più semplicemente e non pronunzia egli medesimo e direttamente che il succumbente, o la tal parte sia obbligata alla tal cosa? Questo dipende in primo luogo dall'indole particolare del dritto romano sulla formazione delle obbligazioni, e sulle azioni. Si tratta di una nuova obbligazione da creare, d'un'azione da far nascere: il magistrato o il giudice non può fare questa creazione, è necessario ricorrere al modo regolare in cui si contraggono le obbligazioni tra le parti: e la *sponsio*, stipulazione eminentemente civile, o la stipulazione in generale è la forma che quì si presenta per raggiungere lo scopo (7). In secondo luogo quando non si tratta solamente di obbligare la parte ma eziandio di farle dare de' fidejussori che si obblighino per lei, il che avviene più di frequente, è evidente che il magistrato, o il giudice sotto qualunque sistema si voglia, non può avere la facoltà di obbligare anche i terzi.

Dai frammenti della legge Rubria più nota sotto la denominazione di *lex Galliae Cisalpinae* noi vediamo che le formole di siffatte stipulazioni si trovavano inserite nell'editto (*in albo propositae*), e non era permesso alle parti di farvi alcun mutamento (8).

Un carattere particolare che merita d'esser notato è che queste stipulazioni e promesse potevano farsi per mezzo di rappresentanti (sia *cognitor*, sia *procurator*), e che l'azione la quale ne risultava, almeno come azione utile si dava a favore o contro di colui che era stato rappresentato (9). E questa fu una derogazione manifesta

---

(1) *Ivi* § *91*.

(2) Segnatamente quando non essendosi l'affare terminato nel primo giorno, se n'è indicato un altro. *Gai. Com. 4.* §§ *184 e seg.*

(3) Ved. qui appresso lib. 4. tit. II. *De satisdationibus*,

(4) *D. 46, 5. De stipulat. praet*, 4, f. Paul. « *Praetoriae stipulationes saepius interponuntur, cum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit* ». — Ivi 1, § 4, f. Ulp. « *Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus ut quis cautior sit et securior, interposita stipulatione* ».

(5) *D. 46, 5. De stipul. praet. 1*, § *5, f. Ulp.* « *Stipulationum istarum praetoriarum quaedam sunt quae satisdationem exigunt, quaedam nudam repromissionem; sed perpaucae sunt quae nudam repromissionem habeant* ».

(6) *Ivi* §§ *6, e seg.*

(7) Questa necessità è anche più evidente rispetto al giudice nel tempo che le condanne non potevano essere che pecuniarie.

(8) Lex Rubria XX.: « *Q. Licinius damni infecti eo nomine qua de re agitur eam stipulationem, quam is qui Romae inter peregrinos jus dicet in albo propositam habet, L. Seio repromisisset . . . etc.* » Questa è la semplice *repromissio*. E più appresso: « . . . *Q. Licinius damni infecti eo nomine qua de re agitur, ea stipulatione, quam is qui Romae inter peregrinos jus dicet in albo propositam habet, L. Seio satisdedisset . . . etc.* » Questa è la *satisdatio*. (Ved. l'edizione de' testi antegiustinianei di Blondeau, pp. 77 e 78). — *D. 45. 1. Verb. oblig. 52. pr. f. Ulp.* « Praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere, neque detrahere ».

(9) D. 46. 6. *De stipul. praet.* 3. f. Ulp.: « *Generaliter in omnibus praetoriis stipulationibus et procuratoribus satisdatur* ». — 5. f. Paul.: « *In omnibus praetoriis stipulationibus hoc servandum est, ut si procurator meus stipuletur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competat* ».

alla regola di diritto stretto che niuno può stipular, o prometter per altri; ma essa ne venne per necessaria conseguenza dal momento che fu permesso di litigare per rappresentanti, e quì bisogna senza dubbio applicare tutte le distinzioni, e modificazioni progressive del dritto sopra questa specie di rappresentazione sia per *cognitor*, sia per *procurator*, e sopra i suoi effetti.

La giurisprudenza avea introdotto in questa specie di stipulazioni alcune classificazioni metodiche e secondo il metodo variabili. Così Ulpiano ce ne offre una, tratta dallo scopo al quale queste stipulazioni miravano (1), e Pomponio un' altra nella quale le medesime parole sono adoperate in un senso diverso, e questa è tratta dall' autorità onde deriva la stipulazione (2). Quest' ultima è quella che il nostro testo ragionevolmente adotta.

Stipulationum aliae sunt judiciales, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes tam praetoriae, quam judiciales.

Delle stipulazioni alcune sono giudiziali, alcune pretorie, alcune convenzionali, ed alcune comuni, cioè pretorie e giudiziali insieme.

I. *Judiciales sunt dumtaxat quae a mero judicis officio proficiscuntur, veluti* de dolo cautio *vel* de persequendo servo, *qui in fuga est*, restituendove pretio.

I. Le giudiziali son quelle che vengono dallo schietto ufficio del giudice, come sarebbe la *garentia del dolo, e la promessa di perseguitare lo schiavo* ch'è in fuga, *o di restituirne il prezzo.*

Noi ben conosciamo la differenza tra il magistrato ed il giudice (*Esposiz. General. del dr. rom.* p. 57). Quì si tratta del caso in cui le parti sono *in judicio* e delle stipulazioni le quali possono esser prescritte solamente in questo stato di cose, e per l' ufficio del giudice (*a mero judicis officio*).

De dolo cautio. Io rivendico uno schiavo che mi appartiene. Il detentore me lo restituisce; in conseguenza secondo il diritto dovrà essere assoluto dal giudice, e si troverà interamente liberato per questo riguardo: non pertanto può avvenire che prima di restituirmelo, e per cagione di risentimento, di vendetta, o per altra qualsivoglia intenzione malevola, e frodolenta egli abbia somministrato allo schiavo qualche sostanza capace di renderlo infermo, impotente, o anche di cagionargli la morte. L' assoluzione senza sicurtà per questo caso sarebbe iniqua. Egli dunque rendendomi lo schiavo sarà costretto di garentirmi che non abbia commesso alcun dolo. Tal'è presso a poco l' esempio che ne arreca Teofilo nella sua Parafrasi. (3). La medesima obbligazione è imposta a colui che restituisce una cosa ch'egli ha tolta per violenza (4). In somma questa garentia contro il dolo (*de dolo cautio*) consiste pel possessore, in rispondere di ogni dolo pel quale abbia potuto danneggiar la cosa restituita (*ne forte deterior res sit facta*). Essa si da per semplice promessa in una stipulazione (*nuda repromissio*).

De persequendo servo, restituendove pretio. Io rivendico il mio schiavo contro un possessore di buona fede, che è in via di acquistarlo mediante l' usucapione. Mentre noi siamo in causa innanzi al giudice (*in judicio*) si compie il tempo dell' usucapione, ed il possessore diviene proprietario; giacchè noi sappiamo che la rivendicazione non sospende l'usucapione (V. I. p. 286). Nondimeno questo rigore dello stretto diritto civile non toglie che il giudizio non segua il suo corso, e stabilita che io abbia una volta la pruova de' miei diritti, se il possessore divenuto proprietario per usucapione non mi rimette volontariamente nella mia proprietà, dovrà esser condannato dal giudice (Ved. qui appresso lib. 4. tit. 17. §. 13). Ma si supponga il caso che senza sua colpa e durante la discussione della causa lo schiavo abbia preso la fuga o sia scomparso. In questo stato di cose sarebbe ingiusto di condannarlo, e non meno ingiusto di assolverlo, perciocchè allora egli si troverebbe interamente liberato verso di me. Il giudice adunque gl' ingiungerà di obbligarsi per promessa fatta sulla mia stipulazione, a perseguitare lo schiavo, ed

(1) D. 46. 5. *De stipul. praetor.* 1. f. Ulp.: « *Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species: judiciales, cautionales, communes.* § 1. Judiciales *eas dicimus, quae propter judicium interponuntur: ut ratum fiat, ut judicatum solvi, et ex operis novi nuntiatione.* § 2. Cautionales *sunt autem quae instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt, et de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti.* § 3. Communes *sunt stipulationes quae fiunt judicio sistendi causa* ».

(2) D. 45. 1. *De verb. oblig.* 5. *princ. f. Pomp.*

(3) *Teoph. hic.* — Ved. eziandio *D. 6. 1.* De rei vindic. 20. *f. Gai. e 45. f. Ulp.* — *D: 4, 3.* de dolo malo. 7. § 3. *f. Ulp.*

(4) *D. 4. 2. Quod metus caus. 9.* § 5. e 7. *f. Ulp*

a restituirmelo quando l'avrà ritrovato; infatti essendo per l'usucapione divenuto proprietario, egli solo ha il diritto di perseguitare lo schiavo, d'intentare le diverse azioni per ricuperarlo. E perchè questa promessa sia meglio assicurata, egli si obbliga nel tempo medesimo di restituirmi il prezzo dello schiavo in caso di colpa o di contravvenzione da parte sua (*de persequendo servo, restituendove pretio*). Notate che questa è una sola e medesima stipulazione: l'obbligazione di perseguitare lo schiavo e di restituirmelo è un'obbligazione di fare, quella di restituirmene il prezzo, in caso di contravvenzione, è una clausola pecuniaria che garentisce la prima. Tal'è l'esempio che ne dà lo stesso Teofilo (1). Gaio in un frammento inserito nel Digesto ce ne offre uno simigliante. Mi è stata lasciata in legato (*per damnationem*) una cosa, ma si dubita se questa ancora esista, come sarebbe se uno schiavo senza colpa dell'erede sia scomparso, se sia incerto se vive o no; con tutto ciò io potrò esercitare l'azione *ex testamento*, ma siccome sarebbe egualmente ingiusto assolvere o condannar l'erede, il giudice gl'ingiungerà di obbligarsi verso di me a cercare della cosa, ed a restituirmela se per avventura la ricuperi (2). Sotto Giustiniano trasferendosi pel legato la proprietà, questo esempio non sarebbe applicabile.

Del rimanente le stipulazioni giudiziali non sono ristrette a quelle che cita il nostro testo. Questi sono solamente degli esempî, e se ne possono veder degli altri in diverse materie (3).

Il mezzo che ha il giudice per costringere a fare le promesse per stipulazione, le quali egli impone, viene dalla natura stessa de' suoi poteri. Così negli esempî che noi abbiamo arrecati, se il convenuto contrae per la sua promessa la prescritta obbligazione, il giudice lo assolve, altrimenti lo condanna (4).

II. *Praetoriae sunt quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti* damni infecti, *vel* legatorum. *Praetorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam aedilitiae; nam et hae a jurisdictione veniunt.*

2. Le pretorie son quelle che vengono dallo schietto officio del pretore, come sarebbe quella *del danno imminente*, e *de' legati*. Nelle stipulazioni pretorie si deve intendere che si contengano eziandio le edilizie, perciocchè anco queste vengono dalla giurisdizione.

Qui le parti sono *in jure* innanzi al magistrato incaricato della giurisdizione. Qui si tratta di far organizzare un *judicium*, o di far decidere qualche punto dal magistrato medesimo senza *judicium* (*extra ordinem*). E però Ulpiano comprende le stipulazioni pretorie nella denominazione di *azioni* (D. 44. 7. *de oblig. et action.* 37 pr.).

Damni infecti. Questa materia occupava un posto importante nella giurisprudenza romana; essa era regolata dall'editto del pretore (5), del quale un frammento di Ulpiano ci ha conservato il testo, ed i giureconsulti vi facevano degli ampî comenti. Questo è eziandio uno dei punti trattati ne' frammenti che ci son pervenuti della legge Rubria per la Gallia cisalpina (6), ed anche nel Digesto di Giustiniano troviamo un titolo specialmente consacrato a questa materia (7). « *Damnum infectum*, dice Gaio, *est damnum nondum factum, quod futurum veremur* (8) », è un danno che non ancora è avvenuto, ma che si ha ragione di temere per l'avvenire, per esempio se la casa del mio vicino è in pericolo di rovinare, e minaccia di cagionarmi del danno, cadendo. Se io mi resto inoperoso, e sopravviene la caduta dell'edifizio, il vicino avrà la facoltà secondo i principî del diritto civile di sottrarsi ad ogni responsabilità abbandonando le rovine (*si modo omnia quae jaceant pro derelicto habeat*), e così il danno che mi sarà stato cagionato non sarà riparato (9). A prevenire siffatto risultamento io innanzi che l'edificio rovini ho per l'editto del pretore il diritto di domandare che il vicino anticipatamente si obblighi e mi dia sicurtà di ristorarmi, se avvenga il caso, del danno di cui son minacciato; e questo è quel che dicesi *cautio damni infecti*. Questa garentia si da talvolta per semplice promessa, e talvolta per *satisdazione*, secondo i casi: « *Ex causa damni*

(1) Parafrasi di Teofilo *hic.*—D. 46. 6. *De stip. prat.* 11 f. Venulej.

(2) D. 30. (*De legat.* 1.) 69. § 5. f. Gai. 47. § 2, f. Ulp.—Quest' esempio di Gaio si riferiva senza dubbio ad un legato *per damnationem*.

(3) D. 8. 5. *Si servitus vindicetur.* 7. f. Paul. 12. f. Javol.—D. 10. 2. *Famil. ercisc.* 16. pr. f. Ulp.—25. § 10. f. Paul.

(4) D. 8, 5. *Si servit. vindic.* 7. f. Paul.

(5) *D. 39, 2,* De damno inf. *7, pr. f. Ulp.*

(6) Lex. Rubria (*Galliae Cisalpinae*) XX. Ved. i testi antegiustiniani, edizione di Blondeau p. 77.

(7) *D. 39, 2. De damn. inf. et de suggrundis et protectionibus.* (8) *Ivi 2, f. Gai.*

(9) *D. 39, 2, de damn, inf. 6, f. Gai.* — 7, § *1, f. Ulp.* — *44, pr. f. Afric.*

infecti interdum repromittitur, *interdum satisdatur* (1) ». Esso è nell'esclusiva giurisdizione del pretore, il quale nondimeno può in caso di urgenza delegare a' magistrati municipali una parte delle sue attribuzioni su questo punto (2): essa dunque appartiene alla classe delle stipulazioni pretorie. Se nel termine stabilito dal pretore la sicurtà prescritta non sia data, quegli che la dimanda sarà messo in possesso dell' edifizio che lo minaccia : « *Si intra diem a praetore constitutum non caveatur, in possessionem ejus rei mittendus est* (3), e se si perseveri nel rifiuto di dare la garentia, dopo un certo spazio di tempo, presa dal pretore cognizione dell'affare, egli otterrà da lui l'ordine di possedere: *Si forte duretur non caveri: ut possidere liceat, quod causa cognita fieri solet.. praetorem vel praesidem permissuros* (4). Si dee ben distinguere l' immissione in possesso (*in possessionem mittere*; *in possessionem ejus rei ire jubebo*): parole dell'editto dall' ordine di possedere (*etiam possidere jubebo*; — *in possessione esse jubebo*) (5). La prima disposizione è una via di costringimento di fatto, perciocchè colui in pro del quale è data può andarsi a stabilire nell'edifizio, senza cacciarne però il proprietario, e senza che quest' ordine cessi di essere possessore (6). La seconda da anche il diritto di possesso coi suoi effetti legali; il proprietario può esser cacciato via (7), e la proprietà si acquisterà mediante l' usucapione dopo il tempo richiesto dalla legge (8).

Vel legatorum. Noi abbiam di già parlato (V. I. p. 473) di questa stipulazione pretoria che dee aver luogo per *satisdazione*. Ove questa non segue, il legatario è messo in possesso delle cose ereditarie, la quale immissione gli dà come nel caso precedente non il diritto di possesso a titolo di proprietario, ma la guardia e custodia delle cose: « *Missus in possessionem numquam pro domino esse incipit, nec tam possessio rerum ei quam custodia datur* (9).

Da questi esempii si comprende che rispetto alle stipulazioni pretorie i modi di sanzione per costringere coloro, che debbono obbligarsi, a consentirvi, sono dei mezzi pretorii, che provengono dalla natura de' poteri del pretore, cioè dalla sua *jurisdictio* o dal suo *imperium*. Questi sono generalmente l'immissione in possesso, o la presura de' pegni (10), o anche secondo i casi il rifiuto, o la concessione di qualche azione.

Ædilitiae : tal' è la stipulazione per la quale il venditore è obbligato di garentire al compratore, che l'oggetto venduto è libero da malattia, o da vizii redibitori, secondo che troviamo ordinato nell'editto edilizio (11). Questa garentia si dà per via di *nuda repromissio* (12), ed il mezzo di costringervi alcuno, in difetto di promessa, è la concessione dell' azione *redibitoria* (13)

III. *Conventionales sunt quae ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est neque jussu judicis, neque jussu praetoris, sed ex conventione contrahentium. Quarum totidem genera sunt, quot pene dixerim rerum contrahendarum.*

3. Le convenzionali son quelle che si fanno per accordo delle parti, cioè, nè per comandamento di giudice nè di pretore, ma per convenzione de' contraenti, delle quali tante sono, per così dire, le spezie, quante sono le spezie delle cose delle quali si contrae.

IV. *Communes stipulationes sunt veluti* rem salvam fore pupillo, *nam et praetor jubet rem salvam fore pupillo caveri*, *et interdum judex si aliter expediri haec res non potest*; vel de rato *stipulatio*.

4. Le stipulazioni comuni sono per esempio: che *gl'interessi del pupillo saranno salvi*, perciocchè questa è comandata dal pretore, e talvolta anche dal giudice, se non si può fare altrimenti; ovvero la stipulazione, *che il promettente debba far ratificare*.

Rem salvam pupillo. Noi abbiamo già lungamente trattato di cosiffatta garentia la quale è dovuta dai tutori, e curatori, e si da per via di *satisdazione* (V. I, p. 189). Regolarmente spetta al pretore di ordinarla (id : p. 190), pur tuttavia può avvenire che sia ordinato in un *judicium* dal giudice di una lite ; come sarebbe, dice Teofilo, nella sua Parafrasi, se il tutore prima d'aver dato sicurtà convenga un debitore del pupillo, ed essendo già organizzato il giudizio, e venute le parti innanzi al giudice, il debitore convenuto oppon-

(1) *D. 46, 5, De stip. praet. 1, § 7, f. Ulp.*
(2) *D. 39, 2, De damn. inf. 1, e 4, § 3, f. Ulp.*
(3) *Ivi 4. § 1, f. Ulp. e 23, f. Ulp.*
(4) *D. 39, 2. De damn. inf. 4, § 4, e 15, § 21. f. Ulp.*
(5) *De 39, 2. De damn. inf. 7, pr. f. Ulp.*
(6) *Ivi 15, § 20, f. Ulp.*
(7) *Ivi § 23.* (8) *Ivi 5, e 18, f. Paul.*
(9) *D. 36, 4, Ut in possession. leg. vel fideicom. servand. causa esse liceat; 5, f. Ulp.*
(10) Vedi qui sopra lib. 1, tit. 24, § 3, V. I, p. 190. (11) *D. 21. 1, Aedilitio edicto 1, § 1, f. Ulp.*
(12) *D. ivi 19, § 2, f. Ulp. 20, f. Gai.* etc. etc.
(13) *Ivi 28, f. Ulp.*

ga il difetto di *satisdazione*. Allora riman sospeso il giudizio, ed al giudice, poichè altrimenti non si può fare (*si aliter haec res expediri non potest*) spetta di far dare la sicurtà. In fatti sappiamo da una costituzione di Diocleziano che la sentenza, la quale fosse pronunziata contro il tutore che litiga pel suo pupillo, prima della *satisdazione* non produrrebbe niun effetto (1). E d'altra parte sappiamo che quegli il quale tratta col tutore ha interesse di aver piena sicurezza contro i ricorsi eventuali del pupillo, e contro l'insolvibilità del tutore (Iv: p. 315).

Vel de rato. La spiegazione si darà più avanti lib. 4, tit. 11. *De satisdationibus*.

TITULUS XIX.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

TITOLO XIX.

DELLE STIPULAZIONI INUTILI (2).

Dicesi che la stipulazione è inutile (*inutilis*, *nullius momenti*) quando secondo le stesse regole del diritto civile è nulla e non produce alcun legame. In conseguenza il pretore, se questa nullità è apparente, e gli è dimostrata, non dee neppure ammettere la istanza e dare un giudice alle parti, ma dee assolutamente negar l'azione. « *Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoque praetoris continetur ex hujusmodi obligationibus actionem denegari* » (3). Esporre i casi ne' quali le stipulazioni sono inutili è lo stesso che esporre le condizioni necessarie alla loro validità, e spiegare più particolarmente sotto questo aspetto peculiare la materia delle obbligazioni verbali già trattata generalmente in un titolo che precede (tit. 15, p. 170). E però tutta questa materia forma nel Digesto l'oggetto di un solo titolo : *De verborum obligationibus* (4)

Il soggetto che quì si tratta avrebbe dovuto risguardarsi sottovedute generali; le condizioni necessarie alla validità dei contratti dovrebbero esser esaminate non solamente per la stipulazione, ma per tutti i contratti in generale. Ma essendo la stipulazione appresso i romani la forma più estesa, la forma per eccellenza di obbligarsi, ad essa i giureconsulti riportano quasi sempre l'esposizione delle teoriche generali. Noi adunque troveremo in questo luogo delle regole comuni di validità applicabili a tutt'i contratti, ma troveremo eziandio delle regole particolari proprie alla sola stipulazione e derivanti dal rigore del principio , che in questo contratto non si tratta solo dell' intenzione , del consentimento delle parti, ma anche delle parole che son pronunziate.

La materia per la sua estensione avrebbe bisogno d'un ordine d'esposizione metodico e regolare. L' ordine nel quale le diverse disposizioni del nostro titolo dovrebbe , secondo noi , esser disposto è il seguente: 1° *Soggetto della stipulazione* , cioè persone che possono stipulare o promettere, e persone che nol possono; 2° *oggetto della stipulazione*, cioè cose che possono essere stipulate o promesse , e cose che non possono esser nè stipulate nè promesse; 3° *modalità della stipulazione*, cioè condizioni, termini, ed altre modificazioni, che possono, o che non possono esservi apposte; 4° da ultimo *forme della stipulazione*, e maniera di provarne l' esistenza. Ma le istituzioni di Giustiniano non seguono quest'ordine, ed i paragrafi passando e ritornando a vicenda da un' idea ad un'altra vi si trovano confusi e disordinati. Non pertanto obbligati noi a rispettare il monumento che traduciamo, dobbiamo dare il testo come si trova, riserbandoci di ristabilire nel nostro reassunto l'ordine metodico che la ragione richiede.

Omnis res quae dominio nostro subjicitur in stipulationem deduci potest , sive illa mobilis , sive soli sit.

Ogni cosa che è sotto il nostro dominio può esser l'oggetto d' una stipulazione o mobile, o stabile che sia.

Per la nozione generale di ciò che può esser l'oggetto d' una stipulazione : cose corporali, cose incorporali, fatti (*facta*) , cioè atti da fare o da intralasciare veggasi ciò che ne abbiam detto quì sopra p. 97.

1. *At si quis rem quae in rerum natura non est, aut esse non potest dari stipulatus fuerit , veluti: Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio* (5).

(1) *C. 5, 42, De tutor. vel curat. qui satis non dedit. 3, const. Dioclet. e Maxim.*

(2) *D. 45, 1, De verb. oblig.—C. 8, 39, De inutil. stipul.*

(3) *D. 45. 1, De verb. oblig. 27, f. Pomp.* — « *Obligationes quae non propriis viribus consistunt, neque officio judicis, neque praetoris imperio, neque legis potestate confirmantur* ». (D. 44, 7, De oblig. et action. 27, f, Papin.).

(4) *D. 45, 1.*

(5) *Gai. Com. 3 , § 97. — D. 44, 7. De oblig. et act. 1, § 9, f. Gai.*

1. Ma se alcuno avrà stipulato che si dia cosa che non è, o che non possa essere al mondo, come per esempio: Stico che è morto, il quale egli credeva che fosse vivo, o un ippocentauro che non può esistere, la stipulazione sarà inutile.

In questo caso vi è nullità radicale e fin dal principio: e però non è dovuta nè la cosa, nè la sua valuta, nè la somma che per avventura si fosse promessa pel caso d'inadempimento (1).

Ma non s' impedisce che si stipuli una cosa futura, se la sua esistenza è possibile: per esempio i frutti che saranno prodotti, lo schiavo che nascerà (2).

II. *Idem juris est, si rem sacram aut religiosam,* quam humani juris esse credebat, *vel* publicam, *quae usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum vel theatrum, vel liberum hominem* quem servum esse credebat, *vel* cujus commercium non habuerit, *vel* rem suam *dari quis stipuletur. Nec in pendente erit stipulatio ob id quod publica res in privatum deduci, et ex libero servus fieri potest, et commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse desinere potest; sed* protinus inutilis est. *Item contra licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si postea in aliqua earum causa, de quibus supra dictum est,* sine facto promissoris *devenerit*, extinguitur stipulatio. *At nec statim ab initio talis stipulatio valebit*, LUCIUM TITIUM CUM SERVUS ERIT DARE SPONDES? *et similia; quia* quae natura sui dominio nostro exempta sunt *in obligationem deduci nullo modo possunt.*

2. Il medesimo si dee dire se qualcuno avrà stipulato che gli sia data una cosa sacra o religiosa, *la quale egli credeva che fosse profana;* o una cosa pubblica che è perpetuamente esposta all' uso del popolo, come il foro, il teatro, o un uomo libero *che egli credeva schiavo;* o una cosa *di cui non abbia il commercium;* o finalmente la sua propria cosa. E non perchè la cosa la quale è pubblica possa divenire privata, che il libero possa divenire schiavo, che lo stipulante possa acquistar il commercio, o che la cosa possa cessare d'esser sua, l'obbligazione è in sospeso, *ma subito la stipulazione è inutile.* Similmente per contrario quantunque la cosa sia a principio utilmente ridotta in istipulazione, se di poi *senza fatto del promettente*, verrà a cadere in alcuna di quelle cause che abbiam dette di sopra, *la stipulazione si estingue.* Nè varrà nel principio cosiffatta stipulazione: PROMETTI TU DAR LUCIO TIZIO QUANDO SARÀ SCHIAVO? le cose *che per loro natura son fuori del nostro dominio* non si possono in modo alcuno ridurre in obbligazione.

Publicam: il che non si applica alle cose, le quali non sono consacrate all' uso pubblico, ma sono invece ne' beni, nel patrimonio del popolo, o del fisco (*non in publico usu, sed in pecunia, in patrimonio fisci* (3), e per conseguenza nel commercio. Noi abbiamo stabilita siffatta distinzione (V. I. p. 219).

Vel cujus commercium non habuerit. Qui si tratta di un impedimento non generale, ma particolare alla persona dello stipulante. La cosa per sua natura è in commercio, ma lo stipulante è incapace di acquistarla, come sarebbe, pel tempo di Gaio, d'Ulpiano, e de' giureconsulti di quell'epoca, se un *peregrinus* avesse stipulato un fondo italico (4), ovvero, pel tempo del Basso-impero, se un eretico o un pagano avesse stipulato uno schiavo cristiano (5). Ma a nulla monta che il promettente non abbia il commercio della cosa promessa: in fatti egli rimane validamente obbligato, se però la cosa possa essere acquistata per lo stipulante, e sarebbe per conseguenza tenuto de' danni-interessi per l'inadempimento. « *Multum interest utrum ego stipuler rem, cujus commercium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler rem, cujus commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet. Si quis promittat, cujus non commercium habet, ipsi nocere, non mihi* (6) ».

Vel rem suam: perchè egli non può divenir più proprietario di quel che è; ma egli potrebbe validamente stipulare il prezzo o la valuta della sua cosa, la quale allora interviene semplicemente come misura; ovvero anche la restituzione della cosa s' ei se ne trovasse spogliato del possesso. « *Nemo rem suam utiliter stipulatur, sed pretium rei suae non inutiliter: suae rem (meam) mihi restitui recte stipulari videor* (7) ».

Protinus inutilis est. questo è uno dei casi di applicazione della regola di dirit-

(1) *D. 45, 1. De verb. oblig. 69, f. Ulp.* — *103, f. Modest.*

(2) *Ivi 73, pr. f. Paul.; 75, § 4, f. Ulp.*

(3) *Dig. 18, 1*, De contra hend. empt. *6, pr. f. Pomp.; 72. § 1, f. Papin.*

(4) Io non dubito punto che questi giureconsulti i quali parlano sovente di cose delle quali una delle parti non abbia il commercio, non facciano allusione alle relazioni coi *peregrini*, che erano incapaci di acquistare il dominio quiritario, ed a' quali quando si concedeva il *commercium* non era sempre conceduto pienamente ed in modo uniforme. (Ved. per convincervene: *D. 31*, (De legat. 1,) *49, § 3, f. Paul.*, e quel che abbiam detto: *Esposiz. General. del dr. rom.* n. 11,).

(5) C. 1, 10. *Ne christianum manc. heret. vel jud. vel paganus habeat vel possideat.* 1, const. Honor. e Theod.

(6) *D. 45, 1, De verb. oblig. 34, f. Paul.* Confrontate: *D. 31, de legat. 1.* — *49, § 3, f. Paul.*

(7) *D. 45, 1. De verb. oblig. 82. f. Ulp.*

to: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (1)».

Extinguitur stipulatio. Per esempio se la cosa promessa sia interamente perita (2), o divenuta sacra o religiosa, se lo schiavo sia divenuto libero (3), se colui che ha stipulato una servitù pel suo fondo abbia alienato questo fondo, etc. « *Corrumpit stipulationem*, dice Modestino parlando di quest' ultimo, *in eum casum deducendo a quo stipulatio incipere non possit* (4) » La conseguenza di questa stipulazione è che il promettente si trova liberato, e che non gli si può più addomandare nè la cosa, nè la valuta. Questo adunque è un modo di scioglimento, di liberazione. Ma per questo è mestieri che l'avvenimento abbia avuto luogo non pure senza la colpa, ma eziandio senza il fatto del promettente: « *Sine facto promissoris* », dice il testo; altrimenti l'obbligazione continua a durare « *perpetuatur obligatio* (5) ». Il medesimo si dee dire, se l'avvenimento sia sopraggiunto mentre il debitore era in mora di adempiere alla sua obbligazione: « *Nisi si posteaquam moratus est solutionem aliquid hujusmodi acciderit* (6) ». Che cosa è a dire se più tardi la cosa rientra in commercio: come sarebbe, se l'uomo fatto libero ritorni schiavo; se la cosa consacrata o renduta religiosa torni profana? La stipulazione estinta pel primo avvenimento riviverà pel secondo? Questo era l'avviso di Celso, secondochè ne possiam giudicare da uno de' frammenti relativo alla materia de' legati (7). Ma la sua opinione è combattuta da altri giureconsulti anche in questa speciale materia (8); e Paolo formalmente dice questa non essere stata ammessa: « *In perpetuum enim sublata obligatio restitui non potest* (9). Non ostante la espressione generale di queste parole del testo *in earum aliqua causa, de quibus supra dictum est*, non si dee però estendere la sua disposizione a tutti i casi più sopra enumerati. In fatti se alcuno abbia stipulato una cosa che al momento della stipulazione era di altri, e questa cosa sia più tardi divenuta sua, il promettente non si trova liberato per questo, ma dee pagarne la valuta. Perchè egli rimanesse liberato per tale avvenimento sarebbe mestieri che si riunissero insieme queste due circostanze: 1° che la cosa fosse stata da lui promessa gratuitamente e per pura liberalità; 2° che la causa la quale fe' acquistar per altra via allo stipulante, s a anch'essa puramente gratuita. Perciocchè allora si applicherebbe il principio che abbiamo già veduto in materia di legati (V. I. p. 425): « *Duas lucrativas causas in eumdem hominem, et in eamdem rem concurrere non posse* (10) ».

Quae natura sui dominio nostro exempta sunt: con riguardo a quest'ultima disposizione si vuol distinguere tra le cose che son fuori commercio per loro natura (*natura sui*) ed in maniera assoluta, e quelle che son solamente colpite da un impedimento accidentale relativo alla persona dello stipulante. In quest' ultimo caso la stipulazione condizionale non è nulla fin dal principio; per giudicare della sua validità si dee attendere l'avvenimento della condizione; se al tempo di questo avvenimento l' ostacolo dura ancora, la stipulazione è inutile, ma se è cessato, essa è valida: « *Si rem meam sub conditione stipuler, utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea, non sit* (11) ».

Da ultimo avvertiamo che in materia di stipulazione la buona fede e l'ignoranza di colui che ha stipulato una cosa sacra o religiosa credendola profana, una cosa pubblica credendola privata, o un uomo libero credendolo schiavo, non gli gioverebbe a nulla, e non renderebbe valida la stipulazione (*quam humani juris esse credebat,—quem servum esse credebat*, dice il testo). Qui si tratta di un contratto di stretto diritto; se lo stipulante ha obbligato alcuno per la stipulazione che gli dia una

(1) *D. 50, 17.* De reg. jur. *29, f. Paul.* — *45, 1,* Verb. oblig. *85,* § *5, f. Paul.*

(2) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *33, f. Pomp.* : « *Si Stichus certo die dari promissus, ante diem moriatur, non tenetur promissor* ».

(3) *Ivi 83,* § *5, f. Paul.*

(4) *D. 8, 1.* De servit. *11, f. Modest.*

(5) *Dig. 45, 1.* Verb. oblig. *91. f. Paul.* consacrato dal giureconsulto all'esame de'diversi casi di colpe o di fatti imputabili.

(6) *D. 45, 1,* Verb. oblig. *23, e 33, f. Pomp.; 82,* § *1, f. Ulp.; 91, pr.* §§ *1, e 5, f. Paul.*

(7) *De 32,* (De legat. III). *79* § *5, f. Cels.*

(8) *D. 34, 4,* De adim. legat. *27,* § *1, f. Paul.*

(9) *D. 46, 3.* De solut. *98,* § *8, f. Paul.* — *45, 1,* De verb. oblig. *85,* § *5, f. Paul.*

(10) *Inst. 2, 20, 6.* Ma non si dee obliare quel che l' applicazione di questa massima presenta di particolare relativamente alla persona del padre di famiglia, ed a quella del figliuolo o dello schiavo in materia di legati (*V. I, p. 426*).—D. 44, 7, *De oblig. et act. 17,* f. Jul.: « *Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pertinuisset* ». — Ivi, 19, f. Jul. — *45, 1, Verb. oblig. 83,* § *6, f. Paul.*

(11) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *f. 31, Pomp.*

proprietà, e questa è impossibile che gli si dia, non ostante la sua ignoranza e buona fede, la stipulazione sarà inutile, e l'azione che ne avrebbe dovuto risultare non gli competerà neppure per reclamare la valuta della cosa, o i danni-interessi. Ma questo è particolare alla stipulazione e dipende dalla natura di questo contratto; e però noi vedremo che la cosa sarebbe altramente in materia di vendita (ved. quì appresso tit. 24 § 5).

III. *Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit*, non obligabitur *veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si* effecturum se ut Titius daret *spoponderit, obligatur.*

3. Se alcuno promette che un altro darà o farà qualche cosa, *non si obbliga*, come sarebbe, se egli promettesse che Tizio darà cinque soldi d'oro. Ma se egli promette *di far sì che Tizio li dia*, rimane obbligato.

IV. *Si quis alii, quam cujus juri subjectus sit stipuletur, nihil agit. Plane solutio etiam in extraneam personam conferri potest; veluti si quis ita stipulatur: Mihi, aut Seio dare spondes? ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Seio, etiam invito eo recte possit; ut liberatio ipso jure contingat, sed ille adversus Seium habeat mandati actionem. Quod si quis* sibi et alii, *cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio; sed utrum totum debeatur, quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est. Sed placet non plus, quam dimidiam partem ei adquiri. Ei qui juri tuo subjectus est si stipulatus sis, tibi adquiris; quia vox tua tamquam filii sit, sicut filii vox tamquam tua intelligitur in iis rebus, quae tibi adquiri possunt.*

4. Se alcuno stipuli per altra persona che per quella alla quale egli è soggetto, fa un atto nullo. Ma il pagamento si può trasportare in altra persona, come sarebbe se alcuno stipulasse in questa maniera; Prometti tu di dare a me o a Seio? nel qual caso l'obbligazione si acquista per lo stipulante, ma si potrà rettamente pagare a Seio, quantunque esso stipulante non voglia, e ne segue immediatamente la liberazione, salvo a lui l'azione di mandato contra Seio. Che se alcuno avrà stipulato che si dieno dieci soldi d'oro a lui, e ad un altro, a cui non sia sottoposto, l'obbligazione vale. Ma si è dubitato se si debba dare il tutto allo stipulante, o la metà solamente. E piacque che se gli desse non più che la metà. Se tu avrai stipulato per colui che ti è soggetto, acquisti per te medesimo, perchè la tua voce è come se fosse del tuo figliuolo, siccome la voce del tuo figliuolo s'intende esser la tua in quelle cose, le quali in tuo prò si possono acquistare.

Questi due paragrafi, a' quali si dovrebbero aggiugnere a compimento i §§ 19, 20, e 21 riportati più appresso trattano d'una materia importante, e degna di osservazione nel diritto romano: si tratta di sapere per chi può alcuno stipulare o promettere.

Egli è un assioma generale ricevuto nella scienza: « *Res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest* », il quale quantunque non si trovi espressamente, pure è cavato per induzione, e con qualche piccola diversità dai frammenti del diritto romano (1).

Questo principio riceve eminentemente la sua applicazione in materia di contratti, ove lo troviamo formolato in regola generale per tutti i contratti senza distinzione, tanto per quelli di buona fede, come per esempio la vendita, quanto per gli altri. « *Certissimum est ex alterius contractu neminem obligari* », così si legge in una costituzione di Diocleziano (2) « *Quaecumque gerimus cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, neque vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus* (3)», così ha lasciato scritto il giureconsulto Paolo. La conseguenza è che se la nostra intenzione nel formare un contratto anche di buona fede, è stata non di obbligare noi medesimi, ma un terzo; ovvero in senso inverso non di obbligare la parte contraente verso di noi, ma verso un terzo, l atto sarà nullo. Noi non avremo acquistata, o contratta alcuna obbligazione nè per noi, perchè noi non l'abbiamo voluto, nè pel terzo, perchè non l'abbiamo potuto. Il che elegantemente e laconicamente è detto in una costituzione di Diocleziano per occasione di un marito il quale amministrando gli affari di sua moglie avea comprato non in suo proprio nome, ma a nome della moglie: « *Si vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti nomine ipsius, empti actionem nec illi nec tibi quaesisti, dum tibi non vis, nec illi potes* (4).

Quantunque ciò sia vero per tutti i con-

(1) « *Inter alios res gestas aliis non posse praejudicium facere, saepe constitutum est*». C. 7, 60. *Inter alios acta vel judicata aliis non nocere, 1, const. Dioclet. e Maxim.*

(2) *C. 4, 12.* Ne uxor pro marito etc. *3, const. Dioclet. e Maxim.*

(3) *D. 44, 7.* De oblig. et act. *11, f. Paul.*—D. 50, 17. *De reg. Jur.* 73, § 4, f. *Quint. M. Scaev.* « *Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest* ».

(4) C. 4, 50. *Si quis alteri, vel sibi sub alterius nomine, vel aliena pecunia emerit, 6, const. Dioclet. e Maxim.*

tratti, pure noi troviamo per la stipulazione qualche cosa di più caratteristico, che merita d'esser notato. Quì il contratto si forma per le parole (*verbis*), ed unicamente tra coloro che le han pronunziate: «*Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur* (1)»; in questo non alla semplic'intenzione, ma alla stretta pronunziazione delle parole si vuole aver riguardo; e ciascuno non può parlare che per se medesimo o interrogando o rispondendo; «*Inventae sunt hujusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat, quo sua interest*» dice Ulpiano (2); «*De se quemque promittere oportet*», dice Paolo (3). Di maniera che per principio del diritto civile questo atto, come innanzi è detto (p. 91) non può farsi per rappresentante, o per messo (*nuntius*). Ciò posto esaminiamo più minutamente le conseguenze di questo principio, per ciascuna parte di cui il contratto verbale è formato; e da prima per quella dello stipulante.

La regola generale è che non si può stipular per altri: «*Alteri stipulari nemo potest*», cioè non si può validamente stipulare che sia data o fatta qualche cosa ad altri. E ciò significa non solamente che il terzo pel quale si è stipulato non avrà azione, il che non abbisogna che si dica, essendo egli estraneo al contratto; ma eziandio che lo stipulante non ne avrà alcuna, e non potrà domandare che il promettente dia o faccia ad altri quel che ha promesso, essendo inutile la stipulazione. E la ragione che più volte se ne arreca nè testi è che lo stipulante non ha alcun interesse: «*Nihil interest stipulatoris*»; «*Ut alii detur nihil interest mea*». «*Nisi intersit* (4)». Dal che conseguita che nel caso in cui lo stipulante vi abbia interesse, la stipulazione sarà valida. «*Si stipuler alii cum mea interesset, videamus an stipulatio committatur? Et ait Marcellus stipulationem valere* (5)». Il che vuol dire non già che il terzo avrà l'azione risultante da questa stipulazione, perciocchè egli vi è estraneo ed è per lui *res inter alios acta*, ma che lo stipulante potrà in vigor della sua propria stipulazione astringere il promettente a dare al terzo, a fare pel terzo ciò ch'egli ha promesso; o in mancanza riportarne condanna per l'equivalente. Del rimanente per render così valida la stipulazione non basta un semplice interesse di affezione, ma si richiede un interesse giuridico. Per esempio io son obbligato per una causa qualunque a far edificare una casa a Tizio; io stipulo con qualcuno, ch'egli la edificherà. questa stipulazione è valida, ed io avrò un azione contra il promettente acciocchè attenga la sua promessa, perchè io vi ho interesse (6). Di tal fatta sono ancora gli esempi arrecati qui appresso § 20. In fine anche nel caso che lo stipulante non abbia alcun interesse di diritto perchè la cosa stipulata sia data o fatta al terzo (*etiam ei cujus nihil interest*), vi è un modo di render valido il contratto verbale, ed è di sostenerlo con la stipulazione di una pena: «*Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet* (7)». Per esempio: PROMETTI TU DI DAR TANTO A TIZIO? O PROMETTI TU DI FARE LA TAL COSA PER TIZIO? Questa stipulazione è inutile, perchè noi supponiamo ch'io non abbia alcun interesse di diritto che questa tal cosa sia data o fatta a Tizio. Ma se io aggiungo: E SE TU NON DAI, OVVERO, O SE TU NON FAI COSI', PROMETTI DI DARMI CENTO SOLDI D'ORO? La stipulazione è valida; e qui si dee por mente che la pena in questo caso non è un accessorio, la rappresentazione d'un interesse che non esiste, la garentia di un obbligazione principale inutile, ma essa medesima è l'oggetto principale della stipulazione. Egli è lecito a ciascun di stipular sotto condizione, purchè la condizione non abbia nulla d'impossibile, o illecito: or bene nella specie questo appunto io ho fatto. In somma egli è come se avessi detto: SE TU NON DAI, O SE TU NON FAI LA TAL COSA A TIZIO, PROMETTI TU DI DARMI CENTO SOLDI D'ORO? La condizione è potestativa da parte del promettente; egli è libero di dare o di non dare a Tizio, ma se egli non dà, la condizione è adempiuta ed io ho acquistato il diritto della mia stipulazione (*committitur stipulatio*). Tali sono i principi che hanno spezialmente relazione alla parte di stipulante: non rimane che ad aggiugnere ciò che il testo dice delle stipulazioni *mihi aut Seio*; ovvero *sibi et alii*.

Mihi aut Seio: La stipulazione effettualmente, e per tutta la cosa promessa è fat-

(1) *Dig. 45, 1. Verbor. oblig. 83, pr. fragm. Paul.*
(2) *D. 45. 1.* Verbor. oblig. 38, § 17, *Framm. d'Ulpian.* riportato qui appresso § 18.
(3) *D. 45. 1.* Verb. oblig. *83, pr. f. Paul.*
(4) Qui appresso § *18.* — *D. 45, 1.* Verb. oblig. *38,* § *17, f. Ulp.* — *Cod. 8, 59.* De inut. stipul. 3, const. *Dioclet. e Maxim.*
(5) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *38,* § *20. f. Ulp.*
(6) *Ivi 38,* §§ *20, 21, 22, e 25, f. Ulp.*
(7) *45, 1.* Verb. oblig. *38,* § *17, f. Ulp.*—E qui appresso § *19.*

ta a mio vantaggio; Seio non è indicato che per l'esecuzione, in quanto può validamente ricevere in mia vece il pagamento: « *Seio autem dumtaxat recte solvitur* » (1). Questi si dice *solutionis causa o solutionis gratia adjectus* (2). La stipulazione dunque è valida e pel tutto. Ma qual è la condizione delle tre persone che vi figurano? l'obbligazione è acquistata soltanto a me che ho stipulato: « *Constat mihi soli adquiri obligationem* » (3), io solo ne ho l'azione, a me solo dee tornarne tutto il vantaggio. Il promettente ha il diritto di pagar validamente a Seio anche contro mia volontà (*me etiam invito, etsi prohibeam*), perchè egli non è legato che ne' termini della stipulazione. Io dunque non potrei, come nel mandato ordinario, rivocare quella spezie di potere che ho conferito a Seio: « *Quia certam conditionem habuit stipulatio, quam immutare non potest stipulator* (4) ». Il debitore eziandio dal suo canto non può oltrepassare i termini della stipulazione; egli ha il diritto di pagar validamente a Seio, ma solo ed invidualmenmente a Seio, e non ad altri in sua vece, neppure agli eredi di lui. E poco importa che Seio sia figliuolo di famiglia, schiavo, ed anche pupillo, o furioso: a lui per regola dee farsi il pagamento, e non al padre, al padrone, o al tutore o curatore (5). Quanto a Seio egli è estraneo alla stipulazione, e però essa non può nè legar lui, nè altri verso di lui. Così, salvochè egli non sia per altro modo obbligato verso di me, non è certamente obbligato a ricever per me. Ma se egli riceve, benchè egli non sia un vero mandatario (6), vi è però assomigliato, ed io ho contro di lui l'azione di mandato (*mandati actionem*) (7). Se poi secondo che si suol praticare negli affari, io l'abbia anticipatamente prevenuto di questa commissione, allora tra lui e me sarà intervenuto un vero contratto di mandato. Ma siccome il credito non è acquistato, a lui, ed egli è un mandatario limitato, così non potrebbe nè esercitarne l'azione, nè estinguerla per via di novazione, o remissione, nè ricever fidejussori, o pegni (8).

Sibi et alii: Quì il terzo è aggiunto non solo pel pagamento, ma eziandio per l'acquisto dell' obbligazione (*non solutionis causa, sed adquirendae obligationis gratia*. Lo stipulante stipula in parte per se medesimo, e in parte per altri. La stipulazione sarà valida per tutto, o varrà solamente per la metà, rimanendo inutile l' altra metà stipulata a vantaggio del terzo? Le due scuole di giurisprudenza eran divise intorno a ciò. I Sabiniani dichiaravano la stipulazione esser valida pel tutto. « *Nostri praeceptores*, dice Gaio, *putant in universum valere, et proinde ei soli, qui stipulatus sit solidum debere, atque si extranei nomen non adjecisset* (9) ». I proculeani aveano contrario avviso: costoro (*sed diversae scholae auctores*, dice Gaio) decidevano che la stipulazione non era valida che per la metà: « *Pars enim mea deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum non augeat meam partem* ». Questa è la decisione che vien adottata da Giustiniano; e nondimeno si trovan tuttora nel Digesto delle tracce così dell' una, come dell'altra (10).

Tutto questo riguarda la parte di stipulante, vediamo ora il principio che riguarda la parte di promettente. Esso è perfettamente stabilito dal nostro §. 3. Niuno può promettere per altri; vale a dire non si può promettere che un altro darà, o farà (*alium daturum, facturumve*). Il che significa non pure che il terzo non sarà legato in modo alcuno da questa promessa, perchè egli vi è estraneo; ma eziandio che il promettente medesimo non sarà obbligato: « *Alius pro alio promittens daturum, facturumve eum non obligatur* (11); *non obligabitur*, dice il nostro testo: e la ragione è che egli non ha voluto ciò, o almeno le parole non l'hanno espresso; se dunque le parole esprimano che egli medesimo si obbliga a far fare o a far dare dal terzo (*effecturum se ut Titius daret*), la stipulazione è valida, ed il promettente è legato (12). La qual cosa talvolta si presume come risultante necessariamente dalla natura della promessa, per esempio

(1) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *141.* § *5, f. Gai.*
(2) *D. 46, 5.* De solut. et liber. *95,* § *5, f.* Papin. — *46, 1.* De fidejuss. *23, f.* Marcian.
(3) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *141.* § *5. f. Gai.*
(4) *D. 46, 5.* De solut. et lib. *12,* § *3. f. Ulp.; 106. f. Gai.*
(5) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *55. f. Julian.* — *46, 5.* De solut. et lib. *9, f. Ulp.; 95.* § *7, f. Papin.*
(6) *D. 46, 5.* De sol. et lib. *12, pr. e* § *1. f. Ulp.*
(7) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *131, f. Scaev.*
(8) *D. 46,* De sol. et lib. *10.* f. Paul. — *15. 5.* De pecun. const. *7.* § *1. f. Ulp.* — *46, 1.* De fidejuss. *23. f. Marcian.* — *20, 1.* De pignor. *55. f. Tryphon.* (9) *Gai. Com. 3.* § *103.*
(10) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *110. f. Pomp.* — Per l'altra opinione in materià di vendita: *D. 18. 1.* De contrah. emp. *64, f. Javol. e 8, 4.* Com. praed. *4. f. Javol.* (11) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *83, pr. f.* Paul.; *38.* § *1, f. Ulp.*
(12) Così pure quando promette di dare a nome di Tizio: « *Possum utiliter a te stipulari* Titii nomine te soluturum; *neque enim hoc simile est illi,*

quando io prometto che il tale si presenterà in giudizio: «*Nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum ut stet* (1)». Finalmente anche quando le parole non esprimono altro che la promessa del fatto altrui, stipulazione inutile per se medesima, si può render valido il contratto verbale convenendo una pena: *At si quis velit factum alienum promittere, poenam, vel quanti ea res sit potest promittere* (2) ». E qui si dee applicare eziandio quel che abbiam detto della stipulazione per altri, in somigliante caso.

Stabilita per siffatto modo la regola generale, è mestieri osservare in primo luogo, che ci ha delle persone alle quali essa non si applica, e che possono stipulao promettere l' una per l' altra a cagione dell'unità di persona ch'è tra loro. Così: 1° ciascuno può stipulare e promettere aggiungendo alla sua persona quella del suo erede: « *Suae personae adjungere quis heredis personam potest* (3) », la quale aggiunzione s'intende di diritto, salvo una esclusione espressa, o che risulti dalla natura medesima dell' oggetto stipulato. 2° Il capo di famiglia può stipulare per lo schiavo, pel figliuolo che ha sotto la sua potestà, cioè stipulare che si dia loro, o che si faccia per loro alcuna cosa, e l'obbligazione è acquistata a lui come se avesse stipulato per se medesimo; tuttavi riguardo a figliuoli son da fare le distinzioni che son richieste dalle regole sopra i peculi: « *Dominus servo stipulando sibi adquirit: sed et pater filio secundum quod leges permittunt* (4) ». 3° Reciprocamente quegli che è posto sotto la potestà d' un capo di famiglia può stipular validamente per questo capo, e per tutti coloro che al suo potere son soggetti, perciocchè tra tutti costoro vi è unità di persona giuridica, e l'obbligazione è acquistata al capo. « *Quodcumque stipulatur is qui in alterius potestate est pro eo habetur ac si ipse esset stipulatus* (5) ». Così lo schiavo può stipulare, come già abbiam detto (tit. XVII), pel suo padrone, pel figliuolo del suo padrone, pel suo compagno schiavo. Egli può anche stipular validamente per colui al quale appartiene in usufrutto o in uso, o per colui che di buona fede lo possiede come schiavo, ma solamente tra i limiti del loro acquisto (v. 1. p. 321): e questo si applica eziandio all'uomo libero posseduto di buona fede come schiavo. Similmente il figliuolo di famiglia può stipulare per suo padre, per lo schiavo di suo padre, o per coloro che son posti come lui sotto la potestà paterna del medesimo (6). Notate a questo proposito l' espressione energica del nostro testo: « *Vox tua tamquam filii, sicut et filii vox tamquam tua intelligitur* ». In quanto alle promesse bisogna riportarsi a quel che diremo qui appresso (lib. 4 tit. 7) sulla maniera come il capo di famiglia può per le istituzioni pretorie esser tenuto delle obbligazioni contratte da coloro che son sotto la sua potestà.

Da ultimo riguardando la cosa sotto l'aspetto della procura, cioè della possibilità di stipulare per mezzo d' un rappresentante, non si è sempre rimasto nella stretta applicazione del diritto civile primitivo: chè l'utilità, o anche l'indispensabile necessità in alcune congiunture ha fatto ammettere de'temperamenti. Così noi abbiam veduto che la stipulazione *rem pupillo salvam fore* può esser fatta a nome del pupillo *infans* o non presente sì da un pubblico schiavo, sì da una persona indicata dal pretore (v. I. p. 189 e qui sopra tit. XVII § 3), e sì ancora dal magistrato medesimo (7); che le stipulazioni pretorie possono esser fatte per procuratore (8); il medesimo è da dire per l'agente della municipalità (*actor municipum*), pel tutore del pupillo, pel curatare del pazzo, o del minore, pel procuratore di un sol-

---

Titium daturum ». *D. 45, 1.* Verb. oblig. *97, § 1. f. Cels.* (1) *Ivi 81, f. Ulp.*

(2) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *38. § 2. f. Ulp.*

(3) *Ivi 38, pr. §§ 1, 2, 5, 10, a 14, f. Ulp.; 49, § 2, f. Paul.* — Ved. anche *56, § 1, f. Julian.; 131, pr. 133, f. Scaev.* e ciò che diremo qui appresso § 13, della stipulazione *post mortem suam.*

(4) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *39, f. Paul.* — *45, 3.* De stip. serv. *28, § 2, f. Gai.* — *Cod. 8, 38,* De contrah. et commit. stip. 2. const. *Sever. et Ant.* — Notate intanto la distinzione tra la stipulazione d'un diritto e quella d'un *fatto* esclusivamente personale. Questa ultima fatta dal padre pel figliuolo non sarebbe valida; per contrario fatta dal figliuolo pel padre sarebbe valida *45, 1.* Verb. oblig. *130, f. Paul.* (5) *Ivi 45. f. Ulp.*

(6) *Ivi 38, §§ 6, 15, e 17, f. Ulp.; 40. f. Pomp.* anche non ostante il divieto del padrone (*vetante domino*) *62, f. Jul.; 78. f. Paul; 141, pr. f. Gai.* — *45, 3.* De stipul. servorum *1, § 3, f. Julian.*

(7) *D. 27, 8.* De magistr. convent. *1, § 15. f. Ulp.* — La medesima necessità si presente per la satisdazione da darsi in caso di arrogazione di un impubere. *D. 1, 7,* De adopt. 18. f. *Marcel.* — Il pretore fin dal sistema delle azioni della legge, nell'azione *sacramenti* riceveva dei *praedes* in nome del pubblico. *Gai. Com. 4. § 13.*

(8) Qui sopra *tit. XVIII. § 1.* ed inoltre *D. 39, 2.* De dam. infr. *18, § 16, fr. Paul., 39, § 3, fr. Pomp.; e 13. § 13. f. Ulp.*

dato (*procurator militis*) (1), o anche pel procuratore di una persona qualunque in alcuni casi particolari (2); ed in fine, Ulpiano dice che se la promessa è stata fatta al procuratore in presenza del mandante, a quest'ultimo si dà l'azione (3); ma in tutti questi casi non si dà l'azione diretta che proviene dallo stesso diritto civile, ma un'azione utile.

Noi ci siamo intrattenuti un po lungamente sulla spiegazione di questi principî in diritto romano e richiamiamo sul loro studio un'attenzione tanto più seria, in quanto che essi si trovano trasformati negli articoli 1119, 1120, e 1121 (4) del nostro Codice civile, e che non si può altramente chiarire lo strano controsenso, di queta importazione nella nostra società, e nel nostro sistema de' contratti, se non risalendo fino alla loro origine.

V. *Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quae interrogatus fuerit non respondeat: veluti si* decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas vel contra, *aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas vel contra; si modo scilicet id exprimas, id est si cui sub conditione, vel in diem stipulanti tu respondeas:* PRAESENTI DIE SPONDEO. *Nam si hoc solum respondeas:* PROMITTO, *breviter videris in eamdem diem vel conditionem spopondisse; neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit.*

5. Oltre a questo se alcuno non risponde a quel che gli è domandato, la stipulazione è inutile, come sarebbe se alcuno stipulasse *che tu gli dessi dieci soldi d'oro e tu promettessi cinque*, e viceversa, o se egli stipulasse puramente, e tu promettessi sotto condizione, o viceversa; se però la differenza sia espressa, cioè se a colui che stipula sotto condizione, o per certo dì, tu rispondi: PROMETTO DEL PRESENTE DÌ. Ma se tu risponderai solamente: PROMETTO, egli pare che tu brevemente abbi promesso pel medesimo termine, o sotto la medesima condizione. Imperocchè nel rispondere non è necessario replicar tutto quel che avrà detto lo stipulatore.

L'accordo perfetto della promessa con la stipulazione è un principio essenziale del contratto verbale: non basta che l'intenzione o il consentimento delle parti vi sia, si richiedono eziandio le parole nella forma di un interrogazione precedente, e di una risposta conforme che segue. Questo è il principio regolatore. Ma la necessità di questa conformità non va tant' oltre fino a richieder che la risposta ripeta le medesime parole dell' interrogazione, o che sia fatta nella medesima lingua, o con tale espressione di assentimento piuttosto che con tal'altra (5).

Si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra. Nondimeno su tal quistione eran divisi i giureconsulti, e come spesso avviene, le due contrarie opinioni si trovano messe nelle raccolte di Giustiniano. Quella del nostro testo, che pronunzia la nullità dell' intera stipulazione è tolta dalle Istituta di Gaio (6), quivi ciascuna somma è considerata come un oggetto distinto; or siccome l'interrogazione cade su di uno di questi oggetti, e la risposta sull' altro, vi ha nullità. Ulpiano e Paolo al contrario considerano le somme come quantità, e siccome non si può negare che la quantità minore sia sempre compresa nella maggiore, pensano essi che la stipulazione sia valida per la somma minore: « *Quia semper in summis id quod minus est sponderi videtur* », dice Paolo: « *Licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse* », dice Ulpiano. Quest'ultima decisione trovasi nel Digesto (7).

VI. *Item inutilis est stipulatio si vel ab eo stipuleris qui tuo juri subjectus est, vel si is a te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli; filii vero familias aliis obligari possunt.*

6. La stipulazione è parimenti inutile se tu stipuli da colui che è in tua podestà, o egli stipula da te. Ma lo schiavo non solamente non può obbligarsi verso il suo padrone, ma neppur verso alcun altro; i figliuoli di famiglia poi possono obbligarsi verso gli altri.

---

(1) Ciò è detto formalmente da Ulpiano pel constit. D. 13, 5. *De pecun. constit.* 5, § 9. f. Ulp. e specialmente per la stipulazione nel caso che si trattava di stipulare pel pupillo, pel pazzo, pel minore, pel soldato, la restituzione di una somma loro appartenente che erasi data in mutuo; cioè di stipulare *ex re eorum. D. 12, 1.* De reb. cred. *26, f. Ulp.*

(2) In caso di vendita per procuratore, e delle satisdazioni date accessoriamente alla vendita: *D. 19. 1.* De action empt. *13,* § *25, f. Ulp.*; specialmente per la stipulazione quando il procuratore stipula *ex re domini: D. 3, 3.* De procurat. *68, f. Papin.*; o quando gl' interessi del padrone non possono altrimenti esser salvati (*modo aliter rem suam servare non potest*) il che Gaio, ed Ulpiano dicono particolarmente pei contratti fatti per mezzo di un *institor. D. 14, 5.* De institor. action. *1, f. Ulp. e 2. f. Gài.*

(3) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *79. f. Ulp.*: « *Si procuratori praesentis fuerit cautum, ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit* ».

(4) 1073, 1074, e 1075 delle nostre leggi civili.

(5) *D. 45, 1,* Verb. oblig. *1,* § *2, e 3, f. Ulp.*; ma il semplice segno di assentimento (*si sine verbis adnuisse*) non basterebbe.

(6) *Gai. Com. 5,* § *102.* (7) *D. 45, 1.* Verb. obl. *1,* § *4, f. Ulp., 83,* § *3, f. Paul.*

L'unità di persona giuridica tra il capo di famiglia, e coloro che son soggetti alla sua potestà, la quale unità fa che possano stipulare da un terzo gli uni per gli altri, è per essi precisamente per la medesima ragione un impedimento a stipular validamente tra loro, gli uni dagli altri. Non pertanto l' introduzione de' peculî, le idee filosofiche del diritto delle genti, e le istituzioni pretorie modificarono questo rigore civile intanto che si riconobbero tra cotali persone le obbligazioni naturali (1). Quanto a ciò che riguarda l'incapacità dello schiavo, e la capacità del figliuolo per obbligarsi, noi abbiamo già trattato la quistione (quì sopra p. 104).

VII. *Mutum neque stipulari, neque promittere posse palam est.* Quod et in surdo receptum est; *quia et is qui stipulatur verba promittentis, et is qui promittit verba stipulantis audire debet. Unde apparet non de eo nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non audit.*

7. Il muto non può evidentemente nè stipulare, nè promettere, *la qual cosa eziandio si è ammessa pel sordo;* poichè colui che stipula debbe udir le parole del promettente, e colui che promette debbe udir quelle dello stipulante. Laonde appare che noi non favelliamo di colui che ode tardi, ma di colui che in tutto è sordo.

Quod et in surdo receptum est.: L'impossibilità del contratto per parola relativamente al muto era evidente: « *Mutum nihil pertinere ad obligationem verborum natura manifestum est* (2) », dice Gaio; perciocchè è mestieri che ciascuna parte pronunzii delle parole: « *Stipulatio non potest confici nisi utrique loquente* (3) ». Ma riguardo al sordo sarebbesi potuto dire, a rigore, che la sordità non impedisce di pronunziare le parole, e quindi non rende materialmente impossibile il contratto. Ma la giurisprudenza non ha ammesso questa conseguenza; per contrario ha adottato il principio che le due parti debbono non solo parlare, ma ascoltare a vicenda: « *Quoniam exaudire invicem debent* (4) ».

VIII. *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quae agit.*

8. Il pazzo non può far niuna faccenda, perchè egli non intende quel che si faccia.

Egli non può far niuna faccenda eziandio con l' assistenza del suo curatore (5). Nondimeno le stipulazioni, o le promesse ch'egli faccia ne' lucidi intervalli (*in dilucidis intervallis*) saranno valide; poichè quì si dee applicare quello che di già abbiam veduto pe' testamenti (6). In quanto al prodigo, cui è interdetta l' amministrazione de' beni, egli può validamente stipulare, ma non promettere: « *Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit; tradere vero non potest, vel promittendo obligari* (7) ».

IX. *Pupillus omne negotium recte gerit; ut tamen sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.*

9. Il pupillo può validamente gestire ogni affare purchè intervenga il tutore, dove sarà necessaria la sua autorità, come sarebbe quando il pupillo si obbliga; dappoichè può obbligare altri a se eziandio senz'autorità del tutore.

X. *Sed quod diximus de pupillis utique de iis verum est, qui jam aliquem intellectum habent: nam infans, et qui infanti proximus est non multum a furioso distant, quia hujus aetatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infanti propter utilitatem eorum benignior juris interpetratio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes*, nec auctore quidem patre obligatur.

10. Quel che si è detto de' pupilli è in tutto vero, in quelli però che hanno qualche intendimento; mentre il bambino e colui che è sucor vicino all'infanzia non è molto differente dal pazzo, non avendo i pupilli di cosiffatta età intelligenza niuna. Ma per coloro che son vicini all' infanzia l' interpetrazione del diritto per loro utilità è stata più benigna, dandosi loro la medesima capacità di quelli che son vicini alla pubertà. Quanto all' impubere sotto la patria potestà, *neppur con l' autorità di suo padre si può obbligare.*

Le sommarie nozioni che di già abbiam date (*Esposiz. General. del dr.* rom. p. 21 e seg.) intorno a' diversi periodi che si distinguono nell' età degl' impuberi ed alle conseguenze che i romani giureconsulti ne traevano, rispetto alla loro capacità ri-

---

(1) *D. 12, 6, 38, f. Afric.* — E pel peculio castrense riguardo al quale il figliuolo è riputato padre di famiglia. *D. 5, 1,* De judic. *4, f. Gai.*

(2) *D. 44, 7.* De oblig. *et act. 1,* §§ *14, e 15, f. Gai.* (3) *D. 45, 1, verb. obl. 1. pr. f. Ulp.*

(4) *Ivi Gai. Com. 3,* § *103.*

(5) *D. D. 50, 17.* De reg. jur. *5, f. Paul.* « *In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum. alia eorum qui fari possunt, quamvis actum rei non intelligerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest: pupillus omnia tutore auctore agere potest* »,— *44, 7.* De oblig. et act. *1,* § *12, f. Gai.* — *Inst. di Gai. Com. 3,* § *106*

(6) *Inst. 2, 12,* § *1,* qui sopra V. I, p. 356 Cod. 6, 22. *Qui testam. fac. pos. 9. Constit. Justinian.*

(7) *D. 45, 1.* Verb oblig. *6, f. Ulp.*

chiedono quì alcuni chiarimenti per quel che riguarda la stipulazione.

Il diritto romano primitivo in queste dizioni *impubes*, *infans* avea preso le cose alla lettera, attenendosi al fatto materiale, al fenomeno fisico. In questo diritto come *l'impubes* è colui che non può ancora generare, così *l' infans* è colui che non può ancora parlare: la composizione filologica della parola esprime rigorosamente quest' idea. La facoltà generatrice fa il pubere, la parola fa l' uomo uscito dell'infanzia. In qual tempo? Nel momento medesimo che il fenomeno si compie, momento che varia secondo che gl'individui son più o meno precoci, o tardi; il perchè non vi è età giuridicamente, ed uniformemente determinata. Nella lingua degli antichi giureconsulti, e perfino ne' testi inseriti nel Digesto di Giustiniano, e nelle costituzioni imperiali anteriori a Teodosio la parola *infans* è sempre presa in questo senso materiale e rigoroso. *Qui fari non potest, antequam loqueretur, prius quam fari possit, qui fari potest, qui loqui potest, ex quo fari coeperit*: queste ed altre somiglianti frasi che sono frequentemente adoperate esprimono in modo indubitabile il pensiero (1); e spesso ancora per più convincimento, noi troviamo l'*infans* paragonato sotto questo riguardo al muto (2).

Ciò posto gli atti giuridici ne' quali è necessario pronunziare delle formole, in cui occorre la presenza, e la parola delle parti, son fuori la capacità dell'*infans*, cioè di colui che non parla ancora, ed è assolutamente impossibile che egli compia degli atti di questa sorta. Di tal fatta è in ispezialità la stipulazione: « *Stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente; et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans stipulationem contrahere possunt* (3).

Ma non appena l'impubere potrà parlare, proferir parole sarà capace di figurar da attore in questi atti giuridici, sol per questo ch' egli è abile a pronunziar le formole? I giureconsulti romani non dissimulavano che l'intelligenza, e sopratutto l'intelligenza degli atti serii non viene così presto come la parola; che questa intelligenza manca non solamente all'*infans*, cioè a colui che non parla, ma anche a coloro che incominciando a parlare son più vicini all'infante che al pubere (*infanti proximus*), epoca la quale non era meno indeterminata che le altre due alle quali serviva d' intermedio, ma nondimeno si reputava prolungarsi comunemente fino ai sette, o otto anni in circa; e se per riguardo alla parola essi uguagliavano l'*infans* al muto, per riguardo all'intelligenza paragonavano al pazzo così l'*infans* come *l'infanti proximus* (cioè il minore di sette, o otto anni): « *Nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant* », dice il nostro testo copiato dalle Istituta di Gaio (4).

La conseguenza avrebbe dovuto essere che l'*infanti proximus* benchè potesse fisicamente profferir le parole, pure non avendo alcun intendimento (*nullum intellectum*), ed essendo per questo rispetto assomigliato al pazzo, non potesse validamente figurar da attore in atti ch'egli punto non comprendeva. Non pertanto per una decisione più favorevole, per cagione di utilità (*benignius, favorabiliter, propter utilitatem*), gl'impuberi tuttochè non fossero per ancora in età da comprendere, pel solo fatto che potevano parlare, e pronunziar meccanicamente le formole, furono ammessi a fare o con l'autorità del tutore, o anche da se soli certi atti, che o non potevano aver luogo senza la loro cooperazione personale, per esempio, l'acquisto di un'eredità (V. I. p. 131 406) (5), o

(1) *D. 26, 7.* De admin. tutor. *1*, § *2*, *f. Ulp.* « *Qui fare non possunt* ».—*29, 2.* De acquir. hered. *9*, *f. Paul.* « *Si fari possit* ». — *36, 1.* Ad s. *n.* Trebell. *65*, § *3*, *f. Marcian.* « *Eo quod fari con potest;... cum fari non possit* » — *40, 5.* De fideicom. liber. *30*, §§ *1*, *a 6*, *f. Ulp.*: « *Qui fari non potest...* » — *44, 7.* De oblig. et action. *1*, § *13*, *f. Gai.* « *Qui loqui non potest* » — *45, 1, 70*, *f. Ulp.* « *Qui fari non poterat* »; *e 141*, § *2*, *f. Gai.* « *Ex quo fari coeperit* »—*46, 6*, Rem. pup. salv. fore *6*, *f. Gai.*; « *Si pup. abest aut fari non potest*; *si praesens sit et fari potest* ». E nel Codice, *6, 9. Qui admit. ad bon, poss. 3, const. Diocl. e Maxim.* « *Antequam loqueretur* » — *8, 54.* De donat. *26, const. Constantin.*: « *Priusquam fari possit* ».

(2) *D. 56, 1.* Ad s. c. Treb. *65*, § *3*, *f. Moecian. 40, 5*, De fideicom. libert. *30*, §§ *1*, *a 6*, *e* § *8*, *f. Ulp.* — *44, 7.* De oblig. et act. *1*: §§ *13*, *e 14*, *f. Gai.* — *45, 1* De verb. oblig. *1*, *pr. f. Ulp.*

(3) *D. 45, 1.* De verb. oblig. *1*, *pr. f. Ulp.*; *e 70*, *f. Ulp.*

(4) *D. 29, 2* De adquir. hered. *9*, *f. Paul.* — *44, 7.* De oblig. et act, *1*, § *13*, — *Gai. Com. 3.* § *109*, ond'è trattato il nostro testo.

(5) *D. 29, 2.* De adquir. hered. 9, *f. Paul.* « *Pupillus, si fari possit, licet hujus aetatis sit ut causam adquirendae hereditatis non intelligat (quamvis non videatur scire hujusmodi aetatis puer: neque enim scire, neque decernere talis aetas potest, non magis. quam furiosus) tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest; hoc enim favorabiliter ei praestatur* ».

tornavano a loro vantaggio. Tal era segnatamente la stipulazione. Sicchè in questo sistema l'impubere come prima può parlare, e profferire l' interrogazione e la risposta, può validamente stipulare, o anche promettere con l'autorità del tutore. « *Pupillus ex quo fari coeperit recte stipulari potest* » (1).

Non pertanto la giurisprudenza romana si mise di poi per una nuova via. Era opinione de' filosofi, o dei medici dell'antichità che di sette in sette anni si opera nell'organismo umano un certo rivolgimento, e questa opinione è stata riprodotta anche a' di nostri in una celebre opera del Cabanis (2). I giureconsulti romani tolsero da' filosofi se non tutta questa teorica, almeno una parte, e l' introdussero nel diritto. Così i Proculeani voller fissare la pubertà uniformemente per tutti gli uomini, a quattordici anni compiuti (V. I, p. 180); così l'età di settant'anni fu più comunemente considerata come l' epoca giuridica della vecchiezza; e quella di sette anni compiuti come l'età in cui l'impubere comincia ad avere se non la pienezza del senno, almeno qualche intelligenza delle relazioni di diritto. Se ciascuna di queste epoche non fu da principio consacrata dalla giurisprudenza come un termine generale per tutte le capacità che ne possono dipendere, esse furono per lo meno riconosciute per talune attitudini: come sarebbe l'età di quattordici anni per la capacità di testare (V. I. p. citat.); quella di settanta per l'esenzione da' pubblici incarichi (*Esposiz. General. del drit. rom.* p. 22.); e quella di sette per l'attitudine a far le promesse di nozze (3). In due soli frammenti degli antichi giureconsulti noi troviamo l' indicazione di questa età di sette anni, non già come l'epoca in cui l' impubere cessa di essere *infans*, cioè comincia a parlare, nel qual senso sarebbe un assurdo, ma sibbene come l'età in cui egli ha acquistata qualche intelligenza delle faccende giuridiche, e però cessa di esser *infanti proximus*, cioè cessa di esser agguagliato all'*infans* (4).

Ma sotto Teodosio e per una costituzione di questo imperadore che noi troviamo nel Codice si fa un'ultima modificazione a questo riguardo. Il diritto romano del basso-impero si è maggiormente distrigato dalla necessità e dal predominio delle formole, e quindi per giudicare dello stato degl'impuberi si ha meno in considerazione la facoltà materiale di parlare, che lo svolgimento dell' intelligenza. Quest'ultima condizione assorbisce l'altra. E l' imperadore a proposito del modo in cui l'eredità materna può esser acquistata dal figliuolo dichiara di fissare di sua autorità all' età dell' infanzia un intervallo determinato di anni (*certis annorum intervallis... infantis filii aetatem, nostra auctoritate praescribimus*); per modo che senza tener conto se l'impubere sia stato più precoce, o più lento ad acquistar la facoltà di parlare (*sive maturius, sive tardius filius fandi sumat auspicia*), quest' intervallo sarà di sette anni (5). Siffatta disposizione confonde in una medesima condizione l'*infans*, e l'*infanti proximus*, che i

(1) *D. 48, 1.* De verb. oblig. *141*, § *2, f. Gai.*— *44, 7,* De oblig. et act. *1*, § *13, f. Gai.* « *Huic* (furioso) *proximus est qui ejus aetatis est ut nondum intelligat quid agatur. Sed quod ad hunc benignius acceptum est, nam qui loqui potest creditur et stipulari et promittere recte posse* ». — *46. 6.* Rem. pup. salv. fore. *6, f. Gai. Servum pupilli stipulari ita necesse est, si pupillus abest, aut fari non potest. Nam si praesens sit, et fari potest: etiamsi ejus aetatis erit, ut non intelligat quid agat; tamen propter utilitatem receptum est recte eum stipulari* ». — *E Gai. Com. 3*, § *109;* ond'è tratto il 10. del nostro testo.

(2) Cabanis: *Rapports du physique et du moral de l'homme*; *4*, mem., *Influence de l'âge sur les idées et sur les affections morales* §§ *6, 7, 8*, (tom. I, pag. 234, 236, 242, 252, e seg., dell' edizione del 1821.

(3) *D. 23, 1.* De sponsal. *14, f. Mod. In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est, ut in matrimoniis: quapropter* (et) *a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, idest si non sint minores quam septem annis.* E qui torna bene avvertire che le promesse di nozze, siccome la loro denominazione lo indica *(sponsalia)* da prima non si facevano altramente che per la stipulazione Quiritaria, la sponsio: *D. ivi 2, e 3, f. Ulp. e Florent.*

(4) Il frammento che precede di Modestino, e quello di Ulpiano: *D. 26, 7.* De admin. et peric. tut. *1*, § *2.*

(5) *Cod. Teodos. lib. 8, tit. 18.* De maternis bonis et materni generis, et cretione sublata, *8, const. Arcad. Onor. e Teod.* « *Certis annorum intervallis, in bonorum possessione maternae hereditatis a patre poscenda, aut successione amplectenda infantis filii aetatem nostra auctoritate praescribimus, ut, sive maturius, sive tardius filius fandi sumat auspicia, intra septem annos aetatis ejus pater aut bonorum possessionem imploret, aut qualibet actis testatione successionem amplectatur. Hac vero aetate finita, filius edicti beneficium petat, vel de successione suscipienda suam exponat voluntatem, etc.* ». Confrontate con quella costituzione la 4, del medesimo titolo che è dell'imperadore Costanzo, e la 1, degl'imperadori Teodosio, e Valentiniano lib. 4, tit. 1. *De cretione vel bonorum possessione.*

giureconsulti aveano già in gran parte agguagliata. Da questo punto la parola *infans* perdè la sua prima significazione tecnica e rigorosa, e dinotò il minore di sette anni, ed appunto in questo modo la troviam tradotta in una constituzione del medesimo principe: « *Infanti, id est minori septem annis* (1) ».

Quest'ultima maniera di riguardar l'età dell'impubere è la sola che è passata nell'interpetrazione generale del diritto romano, e nella giurisprudenza che le nazioni moderne ne han dedotta: ma si è obbliato il senso reale e primitivo delle parole, e la successione storica per la quale le idee romane aveano in tal materia progredito: dal che è venuta quella massima universalmente ricevuta che l'*infans* è l'impubere fino a sette anni; e per conseguenza l'*infanti proximus* è l'impubere fino a dieci anni e mezzo (la quale ultima gradazione non è stata mai intesa a questo modo presso i Romani). Quel che vi ha di particolare è che i testi degli antichi giureconsulti sono inseriti nelle raccolte di Giustiniano con la loro materiale e primitiva significazione: *infans qui fari non potest*, quegli che non può parlare ancora; *infanti proximus* quegli che è vicino all'età in cui non si parla ancora. La ragione è che i due nostri paragrafi son copiati testualmente da Gaio come questo giureconsulto li scrisse al suo tempo (2). Ed infine è pur da notare che Teofilo nella sua parafrasi di questi due paragrafi continua a darci l'antica significazione per *infans*, quegli ch'è ancora di latte, e per *infanti proximus* quegli che è ancora nel suo settimo, od ottavo anno: « *Pupillorum enim alii sunt infantes, veluti qui adhuc lactant, aut his paulo majores: alii dicuntur* proximi infanti, *ut qui recte loqui incipiunt: alii sunt* proximi pubertati. *Et* infans *quidem stipulari non potest, propterea quod ne loqui quidem possit. Neque is etiam qui* proximus infanti *est: qualis fuerit qui septimum aut octavum annum agit. Hic enim quamvis verba proferre possit, id tamen dijudicare non potest, quid sibi velint ea quae dicuntur* (3) ». Il che dimostra che al tempo di Giustiniano, non ostante la costituzione di Teodosio fatta per un caso particolare, le idee degli antichi giureconsulti non erano ancora al tutto abbandonate.

Nec auctore quidem patre obligatur. Questo si riferisce ad una diversa posizione; poichè si tratta non già dell'impubere che è *sui juris* e per conseguenza in tutela, ma di colui che è figliuolo di famiglia sotto la potestà di suo padre. Il padre non è incaricato, come il tutore, di compiere con la sua assistenza, la persona del figliuolo impubere che ha in suo potere (*auctor fieri*), poichè secondo i principî del diritto civile la persona di questo figliuolo si confonde con la sua propria. Non si può compiere e render perfetto (*augere*) se non quello che esiste in parte, ed il figliuolo di famiglia in potestà non ha punto personalità. *L'auctoritas* dunque non ha veramente luogo che per gl'impuberi *sui juris*, e da parte del loro tutore. In conseguenza il figliuol di famiglia impubere poteva bene, da che non era più *infans* stipulare, ed acquistare per tal modo a prò del padre suo. Ma non potendo per lui aver luogo l'*auctoritas*, era impossibile ch'egli si obbligasse per promessa, e questa regola ha vigore anche se abbia un peculio. Ma da che diventa pubere egli può non solamente stipulare, ma anche obbligarsi, secondo che abbiam detto qui sopra (tit. XXVII § 1.): «*Pupillus licet ex quo fari coeperit, recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur*, dice Gaio: *pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si pater familias obligari solet* (4) ».

---

(1) *Cod. Justin. 6, 50.* De jur delib. et de adeund. vel adquir. heret. *18, const. Theod. et Valent.* « *Si infanti* (id est minori septem annis) *in potestate patris... hereditas sit derelicta... licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est adire ejus nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere...* etc. § *4, si autem septem annos aetatis pupillus excesserit et priore parente mortuo in pupillari aetate fati munus impleverit, ea obtinere praecipimus, quae veteribus continentur legibus: nulla dubietate relicta quin pupillus post impletos septem annos suae aetatis ipse adire hereditatem, vel bonorum possessionem petere consentiente parente, si sub ejus potestate sit vel eum tutoris auctoritate, si, sui juris sit possit...* etc. »

(2) *Gai. Com. 3.* §§ *107. e 109.*

(3) Teofilio *hic* traduzione latina del Fabrot. — Notate che gli annotatori censuravano queste definizioni di Teofilo come de'gravissimi errori.

(4) *D 45, 1.* Verb. oblig. *141.* § *2, f. Gai.* — Se una successione è deferita al figliuol di famiglia impubere, egli può, secondo una costituzione di Teodosio, farne adizione col consentimento del padre sotto la cui potestà si trova. *C. 6. 90. De jure delib. 18.* § *4. const. Theod. e Valent.* Ma qui non si tratta di *auctoritas*. Il padre dà il consenso, perchè rigorosamente e secondo lo stretto diritto civile egli è erede per l'intermedio del suo figliuolo; quantunque l'introduzione del peculio avventizio abbia modificato questo rigore di principî in quanto all'acquisto.

XI *Si impossibilis condi.io obligationis adjiciatur nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est quominus existat, veluti si quis ita dixerit: Si* DIGITO COELUM ATTIGERO, DARE SPONDES? *At si ita stipuletur: Si* DIGITO COELUM NON ATTIGERO, DARE SPONDES? *pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim petere potest.*

11. Se alle obbligazioni s'aggiunge una condizione impossibile, la stipulazione non val nulla. Per condizione impossibile poi s'intende quel che non può succedere per natura, come sarebbe se alcuno dicesse: PROMETTI TU DARE S'IO TOCCHERÒ IL CIELO COL DITO? Ma se dirà: PROMETTI TU DARE S'IO NON TOCCHERÒ IL CIELO COL DITO? questa obbligazione *s'intende puramente fatta*, e però immediatamente può chiedere il pagamento.

Noi sappiamo che cosa è una condizione impossibile; sappiamo che nelle disposizioni testamentarie, sieno legati, sieno istituzioni, una siffatta condizione è considerata come non avvenuta, e che per conseguenza il legato, o l'istituzione sussiste come se fosse pura e semplice (V. I, p. 377 e 448). Ne' contratti al contrario la condizione impossibile rende nullo il contratto. Questo è vero non solamente per la stipulazione: « *Sub impossibili conditione factam stipulationem constat inutilem esse* (1) », ma ancora per tutti i contratti: « *Non solum stipulationes impossibili conditioni adplicatae nullius momenti sunt; sed etiam caeteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes, impossibili conditione interposita aeque nullius momenti sunt* (2).

Riguardo a questa differenza tra gli effetti della condizione impossibile nelle disposizioni testamentarie, ed i suoi effetti nei contratti, sappiamo ch'essa non è stata ammessa nella giurisprudenza senza controversia; che le due scuole de' Proculiani, e dei Sabiniani erano divise su tal punto, volendo i primi che la condizione impossibile annullasse le disposizioni testamentarie non altrimenti che i contratti. In fine in quanto alle ragioni di siffatta differenza, noi sappiamo ch'è difficile arrecarne alcuna veramente concludente (vedi su di ciò V. I, p. 377), e che lo stesso Gaio tuttochè Sabiniano lo confessa: « *Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest* (3) ». Meciano tenta darne una: « *Quia in ea re*, egli dice parlando de' contratti, *quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur: quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment apposita ea conditione, quam sciant, esse impossibilem* (4) ». Ma perchè si terrà come più seria la volontà del testatore, il quale ha disposto sotto una condizione impossibile? Evidentemente ciò non si spiega altrimenti che pel favore particolare conceduto alle istituzioni di eredi, acciocchè i cittadini non muoiano intestati, e per estensione, a tutte le liberalità testamentarie.

Ciò che abbiam detto si applica ugualmente alla condizione contraria alle leggi, o ai costumi. Essa è considerata come non avvenuta ne' testamenti (id p. cit.), ed è cagione di nullità nei contratti (5).

Pure facta obligatio intelligitur. In fatti quì non vi è veramente condizione, cioè non vi è aspettazione di un avvenimento futuro ed incerto, egli è ben certo che lo stipulante non toccherà mai il cielo. La stipulazione è utile, e presente (*utilis et praesens est*), dice Ulpiano con frasi che equivalgono a quelle del nostro testo (6). Ma non si vuol estendere questa decisione alla condizione imposta allo stipulante di non fare qualche cosa contraria alle leggi, o ai costumi: quì vi ha una differenza radicale tra la condizione fisicamente impossibile, e la condizione illecita. Per es: *Prometti tu di darmi cento soldi d'oro, se io non incendio questa casa? se io non ingiurio la tale persona?* La stipulazione è inutile; poichè non si può stipulare un prezzo per astenersi da un atto illecito, o immorale: *Si ob maleficium*, ne fiat, *promissum sit*, *nulla est obligatio ex hac conventione* dice elegantemente, e laconicamente il giureconsulto Paolo (7). Questo sarebbe quel che i Romani dicevano stipulare *ex turpi causa* (quì appresso § 23). Ma non s'impedisce di stipulare una somma pel caso che il promettente commettesse un atto illecito, o immorale; poichè una tale stipulazione nonchè esser contraria ai buoni costumi, è anzi favorevole ad esse: *ex bonis moribus concepta*, dice Papiniano (8); in fatti essa minaccia l'azio-

(1) *D. 44, 7.* De oblig. et act. *1, § 11, f. Gai.*
(2) *D. ivi 31, f. Moecian.*
(3) *Gai. Com. 3, § 98.*
(4) *D. 44, 7.* De oblig. et act. *31, f. Moecian.*
(5) *D. 45, 1,* Verb. oblig. 35, *§ 1. Paul.; 137, § 6, f. Venulej.*
(6) *Ivi 7, f. Ulp.*
(7) *D. 2, 14.* De pactis 7, *§ 5, f. Ulp.*
(8) *D. 45, 1, 121, § 1, f. Pap.*—*2, 14,* De pact. *50, f. Ulp.*— *Cod. 4. 56. Si mancipium ita venierit ne prostituatur.*— Il frammento di Pomponio. *(D. 45, 1,* De verb. oblig. *19)*, e la costituzione di Alessandro *(Cod. 8, 39.* De inut. stip. *2)*, relativi ad un caso particolare, quello cioè del divorzio, e corredati di ragioni al tutto speciali fanno eccezione, ma non ostacolo a questo principio.

ne illecita con una spezie di pena. Non pertanto se le circostanze le dessero un altro carattere, per esempio, se ciò che lo stipulante si fa promettere fosse la sua parte nel prodotto dell'atto illecito, ovvero il prezzo del suo silenzio, o della sua adesione, la stipulazione sarebbe nulla come fatta *ex turpi causa*.

XII. *Item verborum obligatio inter absentes concepta est inutilis. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus; et non praesentes esse, vel ita, vel adversarios suos contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus: per quam disposuimus tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel* per scripturam, *vel* per testes idoneos *adprobaverit in ipso* toto die, *quo conficiebatur instrumentum, esse, vel adversarium suum in aliis locis esse.*

12. Similmente la obbligazione verbale fatta tra gli assenti è inutile. Ma essendo che questa cosa dava materia agli uomini contenziosi di far liti, opponendo per avventura dopo lungo tempo che essi o i loro avversari non furon presenti; per levar via le liti che nascevano, fu introdotta la nostra costituzione, che noi scrivemmo agli avvocati di Cesarea, con la quale disponemmo che si creda in tutto a quelle scritture nelle quali è indicato esser presenti le parti, purchè colui che usa cotali false allegazioni non provi con manifestissime pruove o *per iscrittura* o *per idonei testimoni*, che tutto quel dì, nel quale fu fatto l'istrumento egli, o i suoi avversarii furono altrove.

Il contratto verbale non può aver luogo tra assenti, e la ragione è evidente perchè esso si forma parlandosi le parti (*utroque loquente*) e udendosi a vicenda: « *Nec absens quidem: quoniam exaudire invicem debent* » (1). Dal che segue che il fatto d'un *alibi* era un obbiezione radicale da opporre a colui che invocava l'esistenza di un somigliante contratto. Il testo ci espone le disposizione date da una costituzione di Giustiniano per impedire l'abuso di cosiffatto mezzo, e la frequenza delle liti che ne nascevano. Il contratto verbale non richiede per se stesso alcuna scrittura, alcun mezzo particolare di pruova, ma si forma per lo semplice profferimento delle parole, e da questo momento ha il suo essere. Ma in caso che venga negato, la parte interessata avrà il carico di provarne l'esistenza, e per essere in grado di far questa pruova, ove il caso ne avvenga, si può, unicamente come mezzo di pruova (2), compilare una scrittura, la quale attesti quel che si è fatto, e che per eccellenza è detta *instrumentum* come il miglior modo d'istruire sui fatti; ovvero *cautio* come una sicurezza per lo stipulante (ved. *Espos. Gener. del dr. rom.* p. 40). Noi troviamo in diversi testi somiglianti scritture distese o dal promettente, o comunemente da uno schiavo o libertino, e certificate dalla sottoscrizione del promettente o de'testimoni « .. *Tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius: spopondit Numerius Negidius, etc.* (3) » *Tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus: spopondimus ego Antoninus Achilleus, et Cornelius Divus* » (4); « *Eaque sic recta dari fieri fide roganti Sticho servo L. Titii promisit Callimachus* »; « *Stipulatus est Julius Zosas; spopondit Flavius Conditus dominus meus; subscripsit et dominus* »(5). Si può eziandio ricorrere a' testimoni che assisteranno all'atto, e ne potranno fare testimonianza (6), o a qualunque altro genere di pruova. Il testo ci spiega abbastanza le disposizioni di Giustiniano in quanto alla fede attribuita alla scrittura che comprova la stipulazione, ed in quanto all'impossibilità di opporre più un cosiffatto *alibi*, salvochè non si tratti di un'assenza per tutto il giorno, in cui si attesta la stipulazione essersi fatta, e non sia questa assenza dimostrata con pruove le più chiare, e manifeste (*liquidis ac manifestissimis probationibus*); o meglio, per iscrittura (*vel per scripturam*), o per testimoni degni di fede (*vel per testes undique idoneos et omni exceptione maiores*). Tali son le parole della costituzione di Giustiniano (7).

XIII. *Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post ejus mortem a*

(1) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *1. pr. f. Ulp.—Paul. Sent.* 5, 7, § 2.

(2) *D. 22, 4.* De fid. instr. *4. f. Gai:* « *Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari possit, et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem* ». Quantunque queste parole di Gaio non sieno state scritte specialmente per la stipulazione, pure vi si possono applicare.

(3) Qui appresso *tit. 29.* § 2.

(4) *D. 45, 2.* De duob. reis. const. *11,* § 2, *f. Papin.*

(5) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *122.* § *1, f. Scaev.; 126.* § 2. *f. Paul.* La scrittura, come da questi esempi si può vedere, comincia dalla narrazione dei fatti, e dall'indicazione esatta delle cose promesse.

(6) *C. 4, 21.* De fid. instr. 15. *const. Constantin.—4. 19.* De probat. *12. const. Dioclet e Maxim.*

(7) Questa costituzione dell'anno 531, è inserita nel Cod. 8. 38. *De cotrah. et commit. stip. 14.*

quo stipulabatur. Ac nec is qui in alicujus potestate est *post mortem ejus stipulari poterat, quia patris, vel domini voce loqui videtur, Sed et si quis ita stipuletur:* PRIDIE QUAM MORIAR, *vel* PRIDIE QUAM MORIERIS DABIS, *inutilis erat stipulatio. Sed cum (ut jam dictum est) ex consensus contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem; ut sive post mortem, sive pridie quam morietur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.*

13. Niuno poteva stipulare che gli fosse dato dopo la sua morte, o dopo la morte di colui col quale si faceva la stipulazione. *E neppure colui che è sottoposto ad altri* poteva stipulare per dopo la morte di costui, poichè pare ch' egli favelli con la voce del padre, o del padrone. Se qualcuno s' obbligherà in questa maniera: PROMETTI TU DARE IL DÌ INNANZI CH'IO MUOIA? OVVERO IL DÌ INNANZI CHE TU MUOIA, l'obbligazione è inutile. Ma siccome le stipulazioni, per quel che si è detto, valgono per rispetto del consenso de'contraenti, ne piacque anco in questo caso d'emendar questa parte di diritto, cosicchè se la stipulazione sia fatta o per dopo la morte, o pel dì innanzi che lo stipulante, o il promettente si muoia, la stipulazione sarà valida.

Quì si tratta di alcune eccessive sottigliezze della giurisprudenza romana. La stipulazione, il cui effetto era differito dopo la morte dello stipulante: « POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? o del promettente: « QUUM MORTUUS ER'S, DARI SPONDES? » era nulla, e Gaio ne assegna la ragione: « *Nam inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem* (1), la quale ragione si trova allegata nel Codice nella costituzione di Giustiniano: « *Ab heredibus enim incipere actiones, vel contra heredes, veteres non concedebant* (2) ». Agli antichi era paruto sconvenevole e contrario all'ordine regolare di ammetter come valide delle azioni le quali eran destinate ad avere effetto solamente a favore o contro degli eredi. Pertanto anche sotto l'antica giurisprudenza si era in parte schivata l' applicazione di questa regola mediante l'aggiunta di una persona detta *adstipulator*, la quale si faceva intervenire nella stipulazione, come quì sopra abbiam detto p. 110, e di cui fra poco tratteremo particolarmente. Ma Giustiniano toglie via anche la regola, e decide che le azioni potranno cominciare nella persona degli eredi tanto a favore quanto contro di loro: *ut liceat ab heredibus et contra heredes incipere actiones; ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur* (3) ». In conseguenza le stipulazioni, delle quali si tratta, son oramai valide.

Nec is qui in alicujus potestate est. Lo schiavo non poteva stipular così: PROMETTI TU DI DARE DOPO LA MORTE DEL MIO PADRONE? Nè il figliuolo di famiglia.... DOPO LA MORTE DI MIO PADRE? perciocchè la stipulazione acquistata al padre di famiglia non avrebbe prodotto azione che dopo la sua morte. La riforma di Giustiniano si applica ad amendue i casi.

PRIDIE QUAM MORIAR? O PRIDIE QUAM MORIERIS? Questa era una conseguenza anche più sottile della sottigliezza che precede. Gaio ci espone la ragione della nullità in questo caso: *Quia non potest aliter intelligi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit: rursus, morte secuta, in praeteritum reducitur stipulatio, et quodammodo talis est:* HEREDI MEO DARI SPONDES? *Quae sane inutilis est* (4) ». La qual decisione per altro a lui non pareva molto ragionevole: *Quod non pretiosa ratione receptum videtur* », dice altrove (5). Dopo la costituzione di Giustiniano questa seconda sottigliezza sparisce insiem con la precedente. Del rimanente noi ci siamo già imbattuti ne' medesimi principî, e gli abbiamo spiegati nella materia de'legati (v. 1. p. 349).

XIV. *Item si quis ita stipulatus erat:* SI NAVIS EX ASIA VENERIT, HODIE DARE SPONDES? *inutilis erat stipulatio, quia praepostere concepta est. Sed cum Leo, inclytae recordationis, in dotibus eamdem stipulationem, quae praepostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimavit, nobis placuit, et huic perfectum robur accomodare: ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.*

14. Similmente se qualcuno avesse stipulato in questa forma: SE UN GIORNO VERRA' LA NAVE D'ASIA PROMETTI TU DARE OGGI? la stipulazione era inutile, poichè il concetto è espresso a rovescio. Ma avendo Leone di gloriosa memoria giudicato che nelle doti non si debba rigettar cotale stipulazione che è chiamata *praepostera*, a noi parimente è piaciuto darle vigore in questo caso, acciocchè una stipulazione così formata vaglia non solamente nelle doti, ma eziandio in ogni altra materia.

La nullità della stipulazione fatta sotto una condizione prepostera, cioè nella quale si è messo avanti (*pras*) quel che avrebbe dovuto star dopo (*post*), proveniva anche nella vecchia giurisprudenza da una

(1) *Gai. comm. 3, § 100.*
(2) C. 4, 11. *Ut actiones et ab heredibus, et contra heredes incipiant.* const. unica.
(3) *C. ivi.* — Ed anche Cod. 8. 38. *De contrah. et comm. stip. 11. const.* Justinian.
(4) *Gai. Com. 3. § 100.* (5) *G. Com. 2. § 232.*

troppo rigorosa estimazione delle parole. Il carattere particolare di cosiffatta stipulazione è che il termine fissato pel pagamento è anteriore all'adempimento della condizione; in fatti si promette di pagare prima di esservi obbligato: « PROMETTI TU DI DARMI OGGI, SE LA TAL NAVE ARRIVERA' PIU' TARDI? Giustiniano non più si attacca all' irregolarità delle parole; egli estende a'testamenti, ed a tutti i contratti ciò che l'imperador Leone avea già fatto per ispecial favore, in materia di dote. In conseguenza l'atto sarà valido, ma il pagamento non potrà esser domanto che dopo l'adempimento della condizione: « *exactione videlicet post conditionem vel diem competente* (1) ».

era inapplicabile a questo caso; essendochè la morte di un terzo formava un termine incerto ch'era lecito di apporre ad una stipulazione.

XV. *Ita autem concepta stipulatio vetuti si Titius dicat: CUM MORIAR DARE SPONDES? vel CUM MORIERIS? et apud veteres utilis erat, et nunc valet.*

15. L'obbligazione fatta a questo modo, come sarebbe, se Tizio dicesse: PROMETTI TU DARE QUANDO IO MORRÒ? OVVERO QUANDO TU MORRAI? era utile appresso gli antichi, ed è al presente valida.

Distinzione sottile tra il momento della morte, CUM MORIAR, CUM MORIERIS, ed il tempo posteriore alla morte, POST MORTEM MEAM, CUM MORTUUS ERIS. Nel primo caso l'azione nasceva, sia per lo stipulante, sia contro il promettente, nella loro persona medesima, e quando erano tuttora vivi: poichè quando l'uomo muore è ancor vivo: « *Non post mortem.... sed ultimo vitae tempore,* » dice Gaio (2). In conseguenza la stipulazione era valida (3). Noi abbiamo già dato la medesima spiegazione in materia di legati (v. 1. p. 349).

XVI. *Item post mortem alterius recte stipulatur.*

16. Similmente, la stipulazione, che si debba dare dopo la morte di un terzo, è valida.

La regola la quale avea fatto proibir dall' antica giurisprudenza le stipulazioni POST MORTEM MEAM, O POST MORTEM TUAM

XVII. *Si scriptum in instrumento fuerit promisisse aliquem, perinde habetur ac si interrogatione praecedente responsum sit.*

17. Se nell'istromento sarà scritto, che qualcuno abbia promesso, si considera che quel tale abbia risposto ad una domanda precedente.

Questo paragrafo è la riproduzione letterale d' un frammento delle sentenze di Paolo (4). In questa ipotesi la scrittura non esprime in un modo preciso, come quelle di cui abbiam dato degli esempi qui sop. p. 125, i due atti che costituiscono il contratto verbale, cioè l' interrogazione, e la promessa, ma enuncia semplicemente che il tale ha promesso: or in tal caso si ha come sottinteso che l' interrogazione precedente abbia avuto luogo: « *intelligentum etiam praecessisse verba stipulationis* » dice Paolo (5). « *Credendum est praecedentem stipulationem vocem spondentis subsecutam esse* » si legge in una costituzione di Severo ed Antonio (6). Dal momento che si enuncia nella scrittura il risultamento giuridico, che era lo scopo finale delle solennità richieste, si reputa che queste sieno state adempiute (7), salvo tuttavia il diritto di provare il contrario (8).

XVIII. *Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat: DARE SPONDEO, propter omnes tenetur. Si vero unam ex his vel quaedam daturum se responderit, obligatio, in iis, pro quibus sponderit contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una, vel quaedam videntur esse perfectae: singulas enim res stipulari, et ad singulas respondere debemus.*

18. Ogni volta che son comprese più cose in una stipulazione, se il premettitore semplicemente risponde: PROMETTO DARE, è tenuto di tutte; ma s'egli prometterà di darne una sola o alcune di quel-

(1) *C. 5, 23. De testam. 25, const. Justin.* — Il senso ragionevole che si potrebbe dare alla stipulazione prepostera nell'intenzione delle parti non sarebbe forse che, adempiendosi più tardi la condizione, il pagamento debba esser effettuato tanto pe'frutti, od interessi, quanto per tutti gli altri accessori, come se questo pagamento avesse dovuto esser fatto nel medesimo giorno della stipulazione?

(2) *Gai. Com. 2.* § *252.* — Il testo del *Comm. 3.* § *100* su questo punto è evidentemente alterato.

(3) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *45.* § *1, e 3 f. Ulp.* — *12, 6.* De condict. indeb. *17, f. Ulp.*

(4) *Paul. Sent.* 5, 7. § *2.*

(5) *D. 45, 1.* V. obl. *134.* § *2. f. Paul.*

(6) *C. 34, 38.* De contrah. et com. stip. *1. const. Sever. ed Anton.*

(7) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *30, f. Ulp.*

(8) *D. 2, 14.* De pactis *7.* § *12. f. Ulp.*: « *Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri,* rogavit Titius, spopondit Maevius; *haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. Ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.*

le, l'obbligazione si contrae per quelle sole, ch'egli avrà promesso di dare. In fatti di più stipulazioni che si son fatte, una sola, o alcune sembrano esser perfette: poichè si richiede per ciascuna cosa una interrogazione, ed una risposta.

È mestieri confrontare questo paragrafo col 5 § che precede, e ben distinguere le varie differenze che separano i casi da essi regolati. Quì sono nella stipulazione più oggetti distinti, il che fa veramente che sieno tante stipulazioni quanti sono gli oggetti: « *Scire debemus in stipulationibus tot esse stipulationes, quot species* ». « *At si quis illud, et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt, quot corpora* (1) ». Or essendo distinte le stipulazioni, è eziandio distinta la lor sorte, potendo le une esser nulle, e le altre valide. STICHUM, PAMPHILUM, ET EROTEM DARE SPONDES? SPONDEO: i tre schiavi son dovuti, perchè la promessa essendo generale, si applica a ciascuno di essi; STICHUM DARE SPONDEO. Stico solo è dovuto; gli altri due non son dovuti, perchè l' interrogazione a loro riguardo è rimasta senza risposta. « *Videris enim ad unam ex stipulationibus respondisse* (2) ». Ma se gli oggetti distinti sono stipulati in modo alternativo, l'uno, o l'altro, STICHUM AUT PAMPHILUM DARE SPONDES? non vi è che una sola obbligazione d'una natura particolare, un' obbligazione alternativa. Se dunque il promettente non risponde che per un solo: STICHUM SPONDEO, egli cambia il modo dell'obbligazione, non altrimenti che colui il quale interrogato sotto condizione, risponde di dare puramente e semplicemente: allora noi ricadiamo nel caso del § 5; la stipulazione è inutile (3).

XIX. *Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest. Inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: caeterum ut alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniat, ut nisi ita factum sit ut comprehensum est, committatur poenae stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Poenam enim cùm stipulatur quis non illud inspicitur quid interesit ejus, sed quae sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis stipuletur* TITIO DARI *nihil agit; sed si addiderit poenam:* NISI DEDERIS, TOT AUREOS DARE SPONDES? *tunc committitur stipulatio.*

19. Niuno, come si è detto, può stipular per altri; perchè cosiffatte obbligazioni sono state trovate affin che ciascuno s'acquisti a se medesimo quel ch'egli ha interesse di acquistare; or lo stipulante non ha interesse che si dia ad un altro. Ma quando si voglia stipular per altri, si dee far la stipulazione con la pena, di maniera che se il promettente non esegua ciò che è stato detto, la penale stipulata sia dovuta a colui che non avea alcun interesse all'esecuzione dello stipulato. In fatti quando alcuno stipula la pena non si ha riguardo, se la stipulazione gl'importi, ma quanta sia la quantità della pena contenuta nella condizione della stipulazione. Adunque se qualcuno stipulerà in questa maniera. PROMETTI TU DARE A TIZIO? non si fa nulla: ma se aggiungerà: E SE NON DARAI, PROMETTI TU DI PAGAR TANTE MONETE D'ORO? allora si contrae l'obbligazione.

XX. *Sed et si quis stipuletur alii cum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is qui pupilli tutelam administrare coeperat cessit administratione contutori suo, et stipulatus est rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo, si male gesserit, tenet obligatio. Ergo et si quis procuratori suo dari stipulatus sit, stipulatio vires habebit. Et si creditori dari stipulatus sit, quod sua interest ne forte vel poena committatur, vel praedia distrahantur, quae pignori erant, valet stipulatio.*

20. Ma se alcuno stipuli per un altro, avendovi anch' egli interesse, è stata riconosciuta valida la stipulazione. Poichè se colui, che aveva cominciato ad amministrar la tutela abbia ceduto l' amministrazione al suo compagno, e stipuli che la facoltà del pupillo sarà salva, l' obbligazione vale perchè importa anco allo stipulante che si adempia la stipulazione, essendochè egli sarebbe tenuto verso il pupillo, se le cose fossero male amministrate. Adunque se alcuno avrà stipulato che si dia al suo procuratore, la stipulazione avrà vigore. E se avrà stipulato, che si dia al suo creditore, perchè gl'importi, per esempio, di non incorrere nella pena o di evitare che sieno venduti i fondi dati in pegno, la stipulazione è valida.

XXI. *Versa vice qui alium facturum promisit videtur in ea esse causa ut non teneatur; nisi poenam ipse promiserit.*

21. Viceversa se alcuno prometterà che un altro farà la tal cosa, l'obbligazione non tiene, se non vi abbia aggiunta la pena.

Questi tre paragrafi si trovano abbastanza spiegati per la teorica intera, che quì sopra abbiamo esposta p. 115 e seg. Notate nel § 20, l'interesse che ha il tutore, il quale cede l'amministrazione al suo contutore, di stipulare da costui *rem pupilli salvam fore*, essendochè i tutori son tutti responsabili e tenuti per l'azione di tutela dell'amministrazione l'uno dell' altro (V. I, p. 188). Similmente è manifesto l'interesse che ha chi stipula che si dia al suo procuratore o al suo creditore (4).

(1) *D. 45, 1,* Verb. oblig. *29, pr. e 86, f. Ulp.*
(2) *Ivi 85,* § 4, *f. Paul.*
(3) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *85,* § 2, *f. Ulp.*
(4) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *38,* §§ *20, 21, 22, e 23, f. Ulp.; 118,* § 2, *f. Papin.*

XXII. *Item nemo rem suam futuram in eum casum quo sua sit utiliter stipulatur.*

22. Del pari niuno può validamente stipulare la cosa ch'egli deve avere, pel caso in cui sarà divenuta sua.

É regola di ragione che non si può differire la creazione di un diritto ad un tempo in cui la sua esistenza sarà legalmente impossibile, nè all' adempimento di una condizione, che la renderà legalmente impossibile (1).

XXIII. *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari crediderit.*

23. Se lo stipulante intende di una cosa, ed il promettitore di un'altra non si contrae obbligazione alcuna, non altrimenti che se non si fosse risposto alla domanda, come sarebbe, se qualcuno avesse stipulato che tu gli dessi Stico, e tu avessi inteso di Pamfilo, il quale credevi che si chiamasse Stico.

Qui è il luogo di esaminare la parte che ha la volontà ed il consenso nel contratto per stipulazione. Il primo principio di questo, come di ogni altro contratto è senza dubbio l' accordo di volontà tra le parti, il loro scambievole consentimento; « *Stipulatio ex utriusque consensu valet* », dice Paolo; « *ex utriusque consensu perficitur* », dice Venuleio (2). Ma la causa civile di obbligazione sta nel profferimento delle parole che esprimono questo consenso in una interrogazione da una parte, ed una risposta conforme dall' altra. Or se vi è errore tra le parti che cosa sarà da decidere? I giureconsulti romani formolano come assioma di diritto questa verità: « *Non videntur qui errant consentire* » (3); dal che si deduce la conseguenza generale che in tutti i contratti sia di buona fede, sia di stretto diritto l' errore è causa di nullità (4). Ma nell'errore vi son parecchie gradazioni, essendochè esso può cadere su tale o tal'altro punto ben diverso: or qual sarà quello in cui l' errore trarrà seco la nullità, e quale quello in cui non produrrà questo effetto. Siffatta quistione delicata non è riguardata dal diritto romano in un medesimo modo per tutti i contratti; ma si trova in alcuni casi più largamente risoluta che in altri, secondo la loro diversa natura. Nella stipulazione, in cui il consentimento, per obbligare debb'essere, per così dire, materializzato nel pronunziamento delle parole, accade lo stesso dell'errore che produce nullità, cioè è necessario che l'errore sia materiale, e cada sul corpo stesso, sull'individuo (*species*), o sul genere (*genus*) stipulato e promesso; in una parola, come dice il nostro testo, *de alia re*. Per effetto di un errore noi abbiamo in mira, voi Pamfilo, ed io Stico; voi il tal cavallo, ed io il tal'altro; voi intendete del vino, io dell' olio. « *Si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit; nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur* » (5). Ma dal momento che vi ha scambievole consenso nel corpo, benchè vi sia errore sulla materia, per esempio, se il rame si prenda per oro, il contratto verbale è valido, salvo i rimedi pretorii, se vi ha luogo (6). Il dolo (*dolus malus*: ved. *Esposiz. Gener. del dr. rom.* p. 38) a meno che non abbia prodotto un errore sul corpo medesimo della cosa, nel qual caso si ricaderebbe nella regola precedente, non è una causa di nullità della stipulazione; il consenso, le parole vi si trovano, l' obbligazione dunque esiste: salvo egualmente il soccorso pretorio per ovviare alle conseguenze contrarie all' equità: « *Si quis cum aliter convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est: erit quidem subtilitati juris obstrictus; sed doli exceptione uti potest* » (7). La stessa violenza (*vis, metus*: ved. *Esposiz. General. del dr. rom.* p. 39) non è una causa di nullità della stipulazione: i giureconsulti romani riconoscevan bene che nulla è sì contrario alla volontà ed al consenso, quanto la violen-

(1) *Ivi 87, f. Paul.* — *C. 5. 5 De donat. ante nupt. 4, const. Gordian.*

(2) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *85.* § *1. f. Paul.; 137.* § *1. f. Venulej.*

(3) *D. 50, 17. De reg. jur. 116.* § *2. f. Ulp.*

(4) *D. 44, De oblig. et act. 57. f. Pomp.*: « *In omnibus negotiis contrahendis sive bonae fidei sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat* (puta) *qui emit aut qui conducit, aliud qui cum eo contrahit, nihil valet, quod acti sit* ».

(5) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *137.* § *1. f.* Venulej *83.* § *1. f. Paul.*

(6) *Ivi 22, f. Paul.*: « *Si id quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, tenebere mihi hujus aeris nomine: quoniam in corpore consenserimus. Sed ex doli mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris* ». Non era lo stesso nella vendita almeno secondo l' opinione di alcuni giureconsulti. *D. 18. 1.* De contrah. emp. *9.* § *2. f. Ulp.*

(7) *Ivi 36, f. Ulp.*

za (1), pur nulladimeno quando si trattava di un atto di diritto civile fatto per violenza, essi dicevano: *tamen coactus volui*, e questo atto produceva i suoi effetti civili (2); la qual cosa non è solamente da attribuire all'influenza della filosofia stoica, ed al suo disprezzo pel dolore, o pel timore, ma ancora ai principii rigorosi, e formalisti dell' antico diritto romano. La filosofia ed il diritto delle genti han fatto intervenire il soccorso del pretore per por riparo a cosiffatti rigori. Così il contratto verbale fatto per violenza sarà valido, salvo però il ricorso dato dal pretore. « *Dolo vel metu adhibito, actio quidem nascitur, si subdita stipulatio sit: per doli mali tamen vel metus exceptionem summoveri petitio debet* » (3).

XXIV. *Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.*

24. Quel che si promette per *cagione inonesta*, come sarebbe se qualcuno promettesse di far un omicidio o un sacrilegio, non vale.

Turpi ex causa. O che la stipulazione abbia direttamente per oggetto un fatto illecito o immorale da commettere, o un dovere da trasandare; o che, avendo per oggetto una somma di danaro, o altra cosa che può validamente essere stipulata, essa abbia la sua causa in somiglianti fatti da eseguirsi, o eseguiti, la stipulazione è nulla: « *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti* » (4); « *Si flagitii faciendi, vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet* » (5). Il medesimo si dee dire, se questi fatti entrano come condizione nella stipulazione, secondo che abbiamo spiegato trattando delle condizioni contrarie alle leggi, o ai buoni costumi (p. 124).

XXV. *Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione, heres ejus agere potest. Idem est et ex promissoris parte.*

25. Quando alcuno avrà stipulato sotto qualche condizione, quantunque egli si muoia innanzi che la adempiuta la condizione, il suo erede ha azione. Il medesimo s'intende dall'altra parte del promettitore.

Questo principio ci è noto; dappoichè noi sappiamo che nei contratti, anche in caso di obbligazione condizionale il diritto, tuttochè eventuale, è fissato al tempo del contratto nella persona dei contraenti, cioè è acquistato dall'uno, ed imposto all'altro, e per conseguente si può trasmettere a'loro eredi, salvochè la sua particolare natura nol consenta (qui sopra p. 95).

XXVI. *Qui hoc anno aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis praeteritis, non recte petet.*

26. Chi ha stipulato che gli sia dato in questo anno, o in questo mese, non può rettamente domandare se non saranno prima passate tutte le parti dell'anno, o del mese.

XXVII. *Si fundum dari stipuleris vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium praeterierit, quo traditio fieri possit.*

27. Se avrai stipulato che ti sia dato un fondo, o uno schiavo, non avrai azione in quell'istante, ma si dee lasciar passare tanto spazio di tempo, che il promettente possa dar la cosa promessa.

Le regole contenute in questi paragrafi ci sono già note per quel che abbiam veduto qui sopra (tit. 15. § 2) intorno alle stipulazioni a termine.

Poniam fine con una osservazione capitale in questa materia, ed è che la causa produttrice di obbligazione nel contratto verbale, secondo il diritto civile de' romani son le parole medesime (*verbis obligatio*). Poco monta sapere a quale occasione, e per qual motivo il promettente abbia fatto la sua promessa, e se qualche fatto anteriore, o qualche intenzione di liberalità, o qualche impegno assunto in verso lui sia la ragione dell' obbligo ch' egli ha contratto. Le parole sono state pronunziate, la promessa è stata fatta, dunque l'obbligazione esiste, e dal contenuto delle parole debb'esser giudicata, e determinata. Tal' è lo stretto diritto civile de' romani: la forma, le parole costituiscono la *causa giuridica* dell'obbligazione. Nondimeno nel fatto, queste parole sono inter-

(1) *D. 50, 17.* De reg. jur. *116. pr. f. Ulp.*: *Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus* ». *Dig. 4. 2.* Quod. met. caus. *1. f. Ulpian.* «.. *propter necessitatem impositam contrariam voluntati* ».

(2) *D. 4, 2.* Quod met. caus. *21, § 5. f. Paul.* « *Quia quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui* ».

(3) *C. 8, 59.* De inut. stip. *5, const. Dioclet. e Maxim.*—*8, 58.* De contr. et comm. stip. *9, const. Dioclet. e Maxim.*

(4) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *26, f. Ulp.*; *e 27. f. Pomp.* (5) *Ivi 123. f. Papin.*

venute e questa promessa si è fatta per qualche motivo. Forse si dovea adempire qualche obbligazione anteriore, riparare qualche danno, compensare qualche guadagno ritratto o da ritrarre; ovvero lo stipulante dal suo lato si è obbligato a qualche cosa verso il promettente; o infine questi ha voluto fare una liberalità. Ecco i motivi di fatto, le cagioni ragionevoli che han potuto determinare, e che giustificano la sua obbligazione. Spesse fiate le stipulazioni si facevano all'occasione dei prestiti di consumo (*mutuum*), soprattutto dei prestiti di danaro. Si numerava il danaro, e la stipulazione si faceva immediatamente dopo (1); ovvero da prima si faceva la stipulazione, e dopo si numerava il danaro. La scrittura (*cautio*) formata per comprovare la stipulazione cominciava generalmente dalla esposizione delle circostanze che le avean dato occasione (ved. sopra p. 125 nota 5). Ma queste cause di fatto puramente razionali non sono da confondere con la *causa giuridica* produttrice dell' obbligazione, la quale nel contratto verbale è il pronunziamento delle parole. Il diritto civile non considera che quest'ultima. Non pertanto la filosofia de' giureconsulti, l'equità del pretore, presero in considerazione anche le altre: si riconobbe esser cosa ingiusta che il promettente fosse legato, quando la stipulazione avea avuto luogo senza causa, o per dir meglio quando il fatto pel quale era seguita fosse falso, o non fosse avvenuto: come sarebbe, quando lo stipulante non avea numerato il danaro da lui promesso ed anticipatamente stipulato. In somiglianti casi secondo lo stretto diritto per vigor delle sole parole l' obbligazione esiste; ma pel soccorso dell'eccezione si darà al promettente il mezzo di difendersi contro l azione del creditore (2). Ecco la causa reale, la causa filosofica e razionale dell' obbligazione, la quale sorge a poco a poco, e tende a surrogare la causa formalista del diritto civile.

Delle adstipulazioni, e delle promesse accessorie ad una stipulazione e ad una promessa principale: ovvero degli *adstipulatores*, e degli *adpromissores*.

Noi abbiam già veduto (qui sopra p. 29) che il meccanismo del contratto verbale appresso i romani era cosiffatto, che pel medesimo oggetto di obbligazione vi potevano intervenire più stipulanti, o più promettenti; che le interrogazioni e le risposte potevano esser combinate, e legate tra loro in guisa da formare un sol tutto, un solo contratto verbale, nel qual caso vi erano de' constipulanti, de' com promettenti (*co-rei stipulandi, co-rei promittenti*); ovvero che potevano esser distinte in modo da formare un contratto per parole principale, e de' contratti verbali accessorii intervenuti per garentire, e rassicurare gli effetti del primo il che si fa per via degli *adstipulatores*, o degli *adpromissores* (3). Nel primo caso si stipula, o promette congiuntamente con un altro (*cum alio*); nel secondo si stipula, o promette accessoriamente ad un altro (*ad*), e per un altro (*pro alio*). Un carattere comune a queste ultime stipulazioni o obbligazioni è che tutte son l' accessorio del contratto principale: « *Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis* », dice Gaio (4); che tutte hanno per iscopo di agevolare, rafforzare, o garentire gli effetti di questo contratto; in fine e come conseguenza, che esse posson cadere sopra un oggetto

(1) *D. 46, 2. De novat. 6 § 1. f. Ulp.*: « *Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione, et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est: idem erit dicendum, et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit* ». — *7, f. Pomp.*: « *Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci, et deinde eam stipulatione novari: quia id agitur, ut sola stipulatio teneat;* (et) *magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri* ».

(2) *D. 44, 4. De doli mal. except. 2. § 2, f. Ulp.*: « *Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur: exceptio utique doli mali ei nocebit. Licet enim eo tempore quo stipulabatur nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, cum eum litem contestatur, dolo facere qui perseveret ex ea stipulatione petere. Et si, cum interponeretur, justam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit; et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta, aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem* ». — *D. 12, 1. De reb. cred. 30. f. Paul.*: « *Qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet ne accipiendo se* (ei) *obstringat* ». (In questo senso ch'egli è legato secondo lo stretto diritto, ma che se non riceve la specie, avrà l' eccezione). — *C. 4, 5. De non num. pec. 9, const. Dioclet. e Maxim.* « *Cum ultra hoc quod accepit, re obligari neminem posse constet, et si stipulatione interposita, placita creditor non dederit in factum* (esse) *dandam exceptionem convenit.* Vedi qui appresso lib. *4, t. 15. § 2.*

(3) Vedi la voce generale d'*adpromissoris* in un frammento di Pomponio D. 45, 1. *Verb. oblig. 5, § 2, f. Pomp.* (4) *Gai. Com. 3, 126.*

differente (1). Noi abbiam trattato del caso de' *co-rei*, ora è mestieri occuparci del secondo.

Dell' adstipulatore.

Poteva per avventura tornar bene allo stipulante che l'azione risultante dalla stipulazione non fosse limitata esclusivamente alla sua persona, e che un altro, nel quale egli avesse fiducia, ne fosse investito, potesse esercitarla, ricevere od esigere il pagamento per suo conto. I casi di viaggio, di assenza, d'inattitudine agli affari, o il desiderio di non assumerne personalmente il carico spiegano abbastanza la ragione di quest'utilità. Or il rigore del principio primitivo impediva che vi si potesse supplire per via di procura, poichè non si potea litigar per procuratore. Quando più tardi questa facoltà fu ammessa s'introdussero delle garentie e delle forme più intralciate nel giudizio Da un altro lato il principio che il diritto, e l'azione risultante dalla stipulazione sono esclusivamente inerenti alla persona di colui che ha pronunziato le parole, stava ancor saldo, e da questo medesimo principio si dedusse il mezzo di pervenire allo scopo. Questo mezzo per lo stipulante fu di adoperare un'altra persona, la quale intervenendo in qualità di suo aggiunto, stipulasse dal medesimo debitore il medesimo oggetto per un secondo contratto verbale accessorio al primo: « *Possumus tamen ad id quod stipulamur alium adhibere qui idem stipulatur, quem vulgo adstipulatorem voramus* » (2).

Tale è, com'io mi penso, l'origine e l'utilità dell'*adstipulator*, che il manoscritto di Gaio ci fa conoscere con qualche particolare. Coloro che si fermano, come comunemente si fa, all'unica utilità che rimase più tardi all'*adstipulator*, per le stipulazioni *post mortem suam*, restringono stranamente l'istituzione, e scambiano un punto accessorio, e posteriore pel carattere principale ed originario. Allorchè Cicerone nella sua aringa contro Pisone arriva a queste parole: « At quaerebat etiam paulo ante de me quid suo mihi opus esset auxilio: cur non meis inimicis, meis copiis praestitissem? Quasi vero non modo ego qui multis saepe auxilio fuissem, sed quisquam tam inops fuerit umquam, qui isto non modo propugnatore, tutiorem se, sed advocato aut *adstipulatore*, paratiorem fore putaret (3), » ben si vede che *adstipulator* è messo nella medesima linea che il difensore (*propugnatore*), e più spezialmente l'oratore che ci difende in giudizio (*advocato*), e che si tratta di una utilità, di una protezione da sperimentare in vita, per non abbandonarsi alle sole proprie forze (*cur non meis copiis praestitissem*). Adunque l'origine dell'*adstipulator* è nella primitiva impossibilità di farsi rappresentare negli atti giuridici, e di litigare per procuratore. Il suo carattere è quello di un mandatario rispetto allo stipulante principale; e di un creditore per stipulazione rispetto al promettente. Da questo duplice carattere deriveranno le regole particolari a questa sorta d'intervenimento.

L'*adstipulatio* non poteva aver luogo che in seguito, e come accessorio d'una prima stipulazione, e non v'era altro contatto in cui potesse intervenire. Senza dubbio ne' tempi primitivi la formola adoperata era la formola romana SPONDESNE? SPONDEO: ma da che altre locuzioni furono ammesse per la stipulazione, furono anche adoperate per l'*adstipulatio*. E non era necessario, dice Gaio, che l'*adstipulator* usasse precisamente quelle voci di che lo stipulante principale s'era servito. Così se questi, avesse a cagion d'esempio interrogato in questa forma: DARI SPONDES? l'*adstipulator* poteva interrogare in questi termini: « IDEM FIDE TUA PROMITTIS? ovvero IDEM FIDE JUBES »? e reciprocamente (4). L'*adstipulator* non può stipulare nè una cosa diversa da quella che lo stipulante principale ha stipulata, perchè si tratta di rafforzare il primo contratto, e non di creare una nuova e distinta obbligazione; nè alcuna cosa di più, perchè tutto il soprappiù è una cosa diversa da quella che si è stipulata in prima, oltre di che, come dice Gaio: « *nec plus in accessione esse potest, quam in principali* » (5). L'*adstipulatio* conterrebbe qualche cosa di più se si facesse puramente e semplicemente quando la stipulazione principale fosse a termine, o sotto condizione; ma non è impedito che si faccia il contrario, e che l'*adstipulatio* contenga meno che la stipulazione principale (6); poichè può avvenire che alcuno ne voglia rafforzare una sola parte tra certi limiti, e sotto determinate condizioni. L'*adstipulatio* ha

(1) *Ivi* §§ *113, e 126.*
(2) *Gai. Com. 3,* § *110.*
(3) *Cic.* in Pison. § 9.
(4) *Gai. Com. 3.* § *112.*
(5) *Ivi* § *126.*
(6) *Gai. Com. 3,* § *113.*

questo di particolare (*in hoc autem quaedam singulari jure observantur*) che il diritto, e l'azione che ne risultano sono individualmente al solo *adstipulator* attribuiti, e non possono da lui esser nè trasmessi nè acquistati da alcun altro, neppur da' suoi eredi. Ed è agevole a trovar la ragione di ciò; dal perchè l'*adstipulator* non è che l'aggiunto, l'uomo di confidenza dello stipulante principale, quegli, per mezzo del quale si sopperisce alla insufficienza del mandato ordinario, or questa confidenza è riposta in lui individualmente. Da ciò seguita che lo schiavo il quale non può stipular validamente che pel suo padrone, non può essere *adstipulator*, secondo che qui sopra abbiam detto (p. 106); la stessa decisione avea prevaluto (*magis praevaluit*) riguardo all'uomo libero *in mancipio* a cagione della sua somiglianza con lo schiavo (*nam et is servi loco est*). In quanto al figliuolo di famiglia, potendo egli stipular validamente per suo conto, poteva per conseguente esser *adstipulator* (p. citat.). Ma il diritto risultante dall'*adstipulatio* non era acquistato al padre, essendo un diritto al tutto individuale; e del pari il figliuolo di famiglia non poteva all'istante medesimo utilmente esercitarlo, essendo in potestà d'altri: per la qual cosa era mestieri attendere che fosse divenuto *sui juris*, purchè però fosse divenuto tale senza diminuzione di capo, come sarebbe per la sua elevazione alla dignità di flamine, o per la morte del capo; perchè altrimenti la diminuzione cambiando la sua persona giuridica avrebbe estinto il diritto che in lui era, per così dire, assopito. La figliuola di famiglia, e la donna *in manu* erano per questo riguardo sotto la medesima regola(1).

L' *adstipulator* essendo rispetto al promettente un vero creditore per istipulazione, aveva del pari che lo stipulante principale l'azione nata dal contratto, il diritto di ricevere validamente il pagamento, ed anche di liberare gratuitamente il debitore per via dell'accettazione; ed il credito che era estinto per l' uno era estinto altresì per l'altro. Ma siccome rispetto allo stipulante principale l' *adstipulator* non era che un mandatario, egli era tenuto per l'azione di mandato (*mandati judicio*) di render conto a lui de'suoi fatti, e di restituirgli tutto ciò che avea ottenuto dal debitore (2). Nel caso che avesse gratuitamente liberato il debitore siccome egli avrebbe così distrutto il credito e recato ingiustamente danno allo stipulante principale, egli sarebbe stato tenuto verso di lui eziandio dell'azione della legge Aquilia, la quale conteneva un capitolo speciale sopra questo soggetto(3), siccome vedremo in seguito (lib. 4, t. 5, § 12).

L'*adstipulatio* rendendo un terzo, in tutto, ed irrevocabilmente padrone del credito per conto del debitore principale, avea, come si vede, i suoi rischi : e però dal momento che fu ammessa la facoltà di agire per via di procuratore con un estensione, e delle agevolezze sempre crescenti, questo mezzo più semplice, e più sicuro, dovè far cadere l'uso dell'*adstipulatio*. Non pertanto erasi da questo uso dedotta una utilità, la quale durò più a lungo, ed era questa: siccome niuno poteva validamente stipulare per un tempo posteriore alla sua morte (*post mortem suam*), secondo abbiam spiegato qui sopra p. 125 s'era immaginato di aggiugnersi in tal caso un *adstipulator*, affinchè egli avesse potuto dopo la morte dello stipulante principale esercitar, l'azione, e render conto agli eredi di lui per l'azione *mandati* di tutto quel che avesse ottenuto. Quì l' *adstipulatio* avea per iscopo di dar per via indiretta forza ed effetto ad una stipulazione, la quale senza questo sarebbe rimasta inutile. Noi sappiamo da Gaio che al suo tempo non si adoperava più l' *adstipulatio* che per questo solo uso (4). Ma anche quest' ultima utilità disparve dal momento che Giustiniano rendè valide le stipulazioni *post mortem suam*; e con questo cessò non pure l'uso ma anche il nome degli *adstipulatores*, il quale non s'incontra più nei testi di Giustiniano, nè ce n'è stata altrimenti rivelata la vera ed esatta nozione, che dal manoscritto del medesimo Gaio.

Degli *sponsores* e de' *fidepromissores*.

Siccome un terzo può essere aggiunto allo stipulante principale per stipulare la medesima cosa accessoriamente a lui, e per lui, può del pari essere aggiunto al

(1) *Gai, Ivi* § *114*.
(2) *Gai. Com. 3*, § *111*.
(3) *Ivi* §§ *213*, *e 216*.
(4) *Gai. Com. 3*, § *117*. « *Adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus quum ita stipulamur ut aliquid post mortem nostram detur, quod stipulando nihil agimus ; adhibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat: qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati judicio, heredi* (nostro) *tenetur* ».

promettente per promettere la medesima cosa accessoriamente a lui, e per lui. « *Pro eo quoque qui promittit, solent alii obligari* (1) ». Lo scopo di questa aggiunzione è di meglio assicurare e garentire al creditore l'esecuzione dell'obbligo dandogli più obbligati. Questa sicurezza (*cautio*) offriva un' utilità pratica molto più generale di quella dell'*adstipulatio*, e però l' uso che se ne facea era molto più frequente (2); anzi non restò solamente limitato alle obbligazioni contratte per parole, ma per mezzo di alcune variazioni di forma fu renduto generale ed esteso a tutte le obbligazioni quale che fosse la sorgente onde provenissero, e con questa estensione si è di poi sempre conservato. Dalla formola che si adoperava per interrogar l'*adpromissor* dipendeva cosiffatta estensione, e però i termini dell' interrogazione non erano in questo caso tenuti per indifferenti, siccome erano a riguardo dell'*adstipulator*: anzi dalla loro differenza ebbero origine le diverse specie di *adpromissores*.

La formola civile esclusivamente propria de' soli cittadini SPONDES? e quella di ADPROMITTIS? ammesse come equivalente a fine di permettere a' *peregrini* l' uso di siffatte *adpromissiones* (3) rimasero sotto l'impero degli antichi principii. Una terza formola, FIDEJUBES? fu introdotta per uscir da' ristretti confini di tali principii. Dal che vennero tre classi di *adpromissores*: lo *sponsor* interrogato in questi termini, IDEM DARE SPONDES? il *fidepromissor* interrogato in questa forma, idem FIDEPROMITTIS? ed il *fidejussor*, in quest'altra, IDEM FIDE TUA ESSE JUBES? (4). Cominciamo dal trattare de' due primi, perchè essi formano la prima regola. Questi per altro si confondono l'uno con l'altro quasi in tutto, essendochè la *fidepromissio* non è altro che la *sponsio* accomodata ai *peregrini* (5), e la sola differenza che vi si può trovare sta in certi vantaggi accessorii dati in particolare ed esclusivamente allo *sponsor*.

Tra l'*adstipulator* da una parte, e lo *sponsor* o *fidepromissor* dall'altra vi è un notabile parallelismo, che queste due istituzioni sono assolutamente la controparte una dell'altra; ciò che l' una e alla stipulazione, l'altra è alla promessa. Così lo *sponsor*, o il *fidepromissor*, del pari che l' *adstipulator* non possono intervenire che nelle obbligazioni contratte per parole: « *Nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum* » (6); perciocchè in quel modo medesimo che l' *adstipulator* è un aggiunto ad uno stipulante principale, questi sono aggiunti ad un promettitore principale (7). Come l'*adstipulatio* poteva esser adoperata per rimediare alla nullità della stipulazione fatta dallo stipulante principale *post mortem suam*, nella medesima guisa la *sponsio* o la *fidepromissio* potevano adoperarsi per rimediare alla nullità della promessa fatta dal promettente principale *post mortem suam*, o ad altre nullità derivanti da cagioni personali a quest'ultimo, come sarebbe se egli essendo impubere avesse promesso senza autorizzazione del tutore (8). La regola che non si può nel contratto accessorio stipulare nè una cosa diversa nè più di quel che è nel contratto principale, ma che non è impedito di stipular meno, è comune alla *sponsio* ed alla *fidepromissio* ugualmente che all'*adstipulatio* (9). Come il diritto dell'*adstipulator* è a lui esclusivamente personale, e non trasmessibile a' suoi eredi, del pari l'obbligazione dello *sponsor* o del *fidepromissor* non passa a' loro eredi: *Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur* » (10). In fine in quella guisa che l'*adstipulator* è creditore per stipulazione rispetto al promettente, ma rispetto allo stipulante principale è un semplice mandatario, tenuto per l'azione *mandati* di re-

---

(1) *Gai. Com.* 3, § *116*.

(2) *Gai. Com.* 3, § *117*. « *Sponsores quidem et fidepromissores et fidejussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit* ».

(3) *Gai. Com.* 3. § *120*.

(4) *Ivi* § *116*. Se l'interrogazione fosse stata fatta così: IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIES? quale sarebbe il nome di questo promettitore accessorio, e quale ne sarebbe il risultamento? Gaio annunzia ch'egli spiegherà queste tali cose, ma la sua spiegazione non si trova più nel manoscritto.

(5) *Ivi* § *118*: « *Sponsoris vero et fidepromissoris similis conditio, fidejussoris valde dissimilis* ».

(6) *Gai. Com.* 3. § *119*.

(7) Mi pare non esser da dubitare che nè gli uni, nè gli altri potevano anticipatamente intervenire, ed è probabile inoltre che nol potevano neppure dopo compiuto l'atto, ma che dovea aggiugnersi immediatamente in continuazione del contratto principale. (De fidejus. *6. pr. fragm. Ulpian.*); come nella commedia di Plauto in questi due versi che impacciano sì stranamente i traduttori (*Trinummus* atto 5, scena 2, verso 38, e 39);

LYSITELES. « *Filiam tuam spondes mihi uxorem dari* ?

CHARMIDES *Spondeo*.

CALLICLES . . . *Et ego spondeo idem hoc* ».

(8) *Gai. Com.* 3. § *119*.

(9) *Gai. Com.* 3, § *126*.

(10) *Ivi* § *120*: salvo riguardo ai *peregrini* il diritto locale della loro città.

stituire quello che ha conseguito, nella stessa guisa lo *sponsor* o il *fidepromissor*, debitore per promessa verbale rispetto allo stipulante, è un semplice mandatario, rimpetto al promettente principale, che ha il diritto per l'azione *mandati* di farsi rimborsare quel che ha pagato (1).

Diversi plebicisti che meritano di esser notati nella storia del diritto romano, l'esistenza de'quali, ed alcune loro disposizioni ci son rivelate da Gaio, regolarono successivamente la materia degli *sponsores*, e de'*fidepromissores*. 1° La legge Apuleia (*de sponsu* an. di R. 652. 102. av. G. C.), applicabile anche fuori d'Italia, secondo la quale tra gli *sponsores*, o *fidepromissores* quando erano più si formava di pieno diritto una specie di società; di maniera che se uno di loro avesse pagato più della sua parte, poteva con l'azione *pro socio* (2) ridomandar contro gli altri il di più che avea pagato. Un'altra disposizione appartenente ad una legge, il cui nome è illegibile nel manoscritto di Gaio, e probabilmente è la medesima che la precedente, richiedeva che il creditore il quale dovea ricevere degli *sponsores* o *fidepromissores*, dichiarasse ad alta voce, e precedentemente (*praedicet palam et declaret*) per quale oggetto, e quanti egli ne dovea ricevere: in difetto di che gli *sponsores*, ed i *fidepromissores* aveano il termine di trenta giorni per far provare giudiziariamente che la debita dichiarazione non aveva avuto luogo, il che provato, erano liberati (3). 2.° La legge Furia (*de sponsu*: per congettura anno di R. 659-95. av. G. C.) applicabile solamente all' Italia, secondo la quale l'obbligazione degli *sponsores* e de' *fidepromissores* durava soltanto due anni (*biennio liberantur*), ed in questo intervallo, allorché vi erano più *sponsores* o *fidepromissores*, si divideva di pieno diritto tra tutti quelli che si trovavano al momento della esigibilità (*eo tempore quo pecunia peti potest*), di maniera che ciascuno non poteva esser convenuto che per la sua porzione virile (4). 3.° Una legge Cornelia (sotto Cornelio Silla, an. di. R. 673, 81. av. G. C.), le disposizioni della quale non riguardavano i soli *sponsores* e *fidepromissores*, ma eran generali: questa legge, salvo pochi crediti più formalmente trattati e specialmente eccettuati, vietava che la medesima persona potesse nello stesso anno obbligarsi pel medesimo debitore, e verso il medesimo creditore (*idem, pro eodem, apud eumdem, eodem anno*) al di là di XX mila, oltre la qual somma l'obbligazione non era valida (5). In fine una legge *Publilia* di cui ignoriamo la data, la quale attribuiva a'soli *sponsores* un beneficio particolare, quello di poter domandare contro l'obbligato principale la restituzione di ciò che avean pagato per lui con un'azione speciale, *actio depensi*, e portava in caso di contestazione da parte di lui la condanna del doppio (*adversus inficiantem in duplum*). I *fidepromissoris* non partecipavano di questo vantaggio (6).

TITULUS XX. DE FIDEJUSSORIBUS.

TITOLO XX. DE' FIDEJUSSORI.

La sicurtà data dagli *sponsores* e da' *fidepromissores* era ristretta tra angusti confini. Per l'origine e la natura medesima dell'istituzione essa non poteva intervenire che nelle obbligazioni formate per parole, e non sopravviveva a quelli che rispondendo s'erano obbligati. Nondimeno la medesima utilità di far assicurare il credito s'incontrava in tutte le altre obbligazioni, e si poteva desiderare una si-

(1) *Ivi* § *127*. (2) *Gai. Com. 3.* § *122*.

(3) *Gai. Com. 3.* § *125*. — Egli è cosa naturale che la legge *Apuleia* avendo stabilito una società di pieno diritto tra gli *sponsores* o *fidepromissores* avesse voluto che innanzi che si obbligassero fosse ad alta voce dichiarato per quale oggetto, ed in che numero erano per associarsi: due punti importanti per giudicare dell' estensione della loro obbligazione.

(4) *Gai. Com. 3.* § *121*. — *Cod. 7. 40. De annali exceptione italici contractus tollenda.*

(5) *Gai. Com. 3.* §§ *124, e 125*. Nel Digesto si fa menzione di questa legge *Cornelia* 11, 5. *De aleatoribus*, 3. f. Marcian. È bene avvertire che le due leggi *Apuleia* e *Furia* che sono le più antiche non parlano che degli *sponsores*, e de'*fidepromissores*; quella che segue, la legge *Cornelia* dispone per tutte le spezie di garanti, anco pe' fidejussori. Or non è egli naturale il pensare che nell'intervallo di quindici anni che le separano, per evitare le restrizioni delle due prime leggi, e sopratutto della legge *Furia* ch' era più ristretta, era stato se non inventato, almeno moltiplicato, ed accresciuto l' uso de'fidejussori che si obbligavano per un'altra formola, e per conseguente sfuggivano a queste regole; e che quest' uso si fosse introdotto nella pratica giornaliera degli affari, come il mezzo di rispondere più largamente, e più severamente de' debiti di un'altro, di tal maniera che la legge Cornelia porti le sue limitazioni non meno a queste fidejussioni, che alle sponsioni, e fedepromessioni?

(6) *Gai. Com. 3.* § *127. e Com. 4.* § *9.*—*Paul. Sent. 1, 19.* § *1.* — Ved. eziandio *Gai. Com. 4.* § *22*, relativamente all' azione della legge, *manus injectio* data agli *sponsores* dalle legge *Publia* e dalla legge *Furia*.

curtà meno soggetta a perire. Di quì sorse il bisogno di sfuggire al rigore de'principî, mediante l'uso di altra formola, e questo bisogno divenne ancor più vivo quando per la legge *Furia* l'obbligazione degli *sponsores* e de'*fidepromessores* si trovò limitata a due anni, e divisa tra loro di pieno diritto, e per capi. Questa fu l'origine, e la causa di propagazione dell'uso de'fidejussori, i quali furon sostituiti nella pratica degli affari agli *sponsores*, ed ai *fidepromissores*, che furono finalmente dimenticati. Sotto Giustiniano non si tratta più di questi ultimi, comecchè il loro nome si trovi ancora qualche volta ne'testi anche posteriori al Digesto, alle Istituzioni, ed al Codice (1).

Pro eo qui promittit solent alii obligari qui fidejussores appellantur; quos homines accipere solent, dum curant ut diligentius sibi cautum sit.

Per colui che promette sogliono obbligarsi altri che son chiamati fidejussori, i quali i creditori hanno in uso di richiedere per procacciarsi maggior sicurtà.

I. In omnibus autem obligationibus *adsumi possunt, idest sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contractae fuerint. At ne illud quidem interest* utrum civilis an naturalis *sit obligatio cui adjiciatur fidejussor, adeo quidem ut prò servo quoque obligetur sive extraneus sit qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur.*

1. Si possono poi aggiugnere *a tutte le obbligazioni* contratte o per cosa, o per parola, o per iscritto, o per consentimento. E non importa *se l'obbligazione* alla quale s'aggiunge il fidejussore *sia civile o naturale:* di maniera che il fidejussore può obbligarsi anche per uno schiavo tanto verso una persona estranea, quanto verso il padrone medesimo, per quello che gli è naturalmente dovuto.

In omnibus obligationibus. Questo è il principal vantaggio ottenuto per l'introduzione della fidejussione; questa sorta di sicurtà può aggiugnersi non solamente all'obbligazione per parole, ma ancora a qualsivoglia specie di obbligazione: « *Omni obligationi fidejussor accedere potest* » (2) anche a quelle che derivano da'delitti (3).

Utrum civilis an naturalis: Perchè l'aggiunzione d'un fidejussore potesse aver luogo era necessario che vi fosse un'obbligazione principale (4); ma purchè ve ne fosse una (*dummodo sit aliqua*) poco importava che fosse civile, o pretoria, o semplicemente naturale. « *Fidejussor accipi potest quotiens est aliqua civilis, vel naturalis obligatio, cui applicetur* » (5). Cosicchè potrà accadere che il debitore sia tenuto di un'azione semplicemente pretoria, o anche non sia tenuto di alcuna (ved. sop. p. 78), mentrechè il fidejussore sarà tenuto dell'azion civile risultante dalla sua promessa di garentia. In fatti lo scopo per cui egli interviene è appunto di garentire, e rafforzare l'obbligazione principale: e però non è impedito ch'egli si obblighi in maniera più solida ed efficace. Il testo ce ne dà un esempio luminoso: se il figliuolo di famiglia, o anche lo schiavo abbia contratto verso il capo qualche obbligazione, la quale non può esser che obbligazione naturale, questi può stipular la garentia da un fidejussore. Ma non potrebbe intervenire il contrario: imperochè nel caso di un'obbligazione naturale da parte del padre di famiglia verso il suo figliuolo, o il suo schiavo, se questi stipulassero una fide ussione, l'azione civile che ne risulterebbe, sarebbe acquistata al padre, essendochè essi non possono stipulare che per lui, cosicchè il padre si troverebbe nel tempo medesimo debitor naturale del debito, e creditor civile della garentia, il che non si può ammettere (6).

II. *Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem obligatum relinquit.*

2. Il fidejussore non solamente obbliga se medesimo, ma lascia eziandio obbligato il suo erede.

Questo è un altro vantaggio della *fidejussione.* La garentia non verrà meno nè per la morte de'fidejussori, nè pel termine di due anni della legge *Furia*, come interveniva per gli *sponsores* e i *fidepromissores* (7).

III. *Fidejussor et praecedere obligationem et sequi potest.*

3. Il fidejussore si può dare innanzi all'obbligazione, e dopo.

(1) Vedi la Novella di Giustiniano (an. 539. di G. G.): *De fidejussoribus et mandatoribus, sponsoribus* etc. cap. 1. e 2.

(2) *D. 46, 1. De fidejussoribus et mandatoribus 1 f. Ulp.; 2. f. Pomp.; 8 § 1. f. Ulp. 16. § 3. f. Julian.* — Salvo la proposizione eccezionale messa nel Codice: 5. 20. *Ne fidejussores vel mandatores dotium dentur.*

(3) *Ivi 8. § 5. f. Ulp.; 56. § 5. f. Paul.; 70. § 5. f. Gai.*

(4) *D. 14, 6.* De senat. cons. Maced. *18. f. Venulei.*

(5) *D. 46.* De fidejus. *12. § 5. f. Jul.; 6. § 2. f. Ulp.; e 7. f. Julian.*

(6) *D. 46, 1, h. t. 70. § 5. f. Gai.; e 56, § 1, f. Paul.* (7) *Ivi 4, § 1, f. Ulp.*

A differenza della *sponsio* e della *fidepromissio*, le quali secondo ogni probabilità non potevano precedere la stipulazione principale, e doveano forse anco seguirla immediatamente non potendosi aggiugner dopo compiuto l'atto (1) (ved. innanzi p. 134 nota 7). Nulla di ciò ha luogo per la fidejussione. S'intende però che quando la fidejussione è fatta prima, il suo effetto resta in sospeso, e non ha luogo che per l' esistenza del debito principale (2).

IV. *Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur; itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt* litis contestatae *tempore, partes petere. Ideoque, si ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit,* hoc caeteros onerat. *Sed si ab uno fidejussore creditor totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit solvendo non sit; et sibi imputare debet cum potuerit adjuvari ex epistola divi Hadriani et desiderare ut pro parte in se detur actio.*

4. Se i fidejussori sieno più, quanti che sieno in numero, *ciascuno di loro è tenuto in solidum*; laonde è in libertà del creditore chiedere il tutto a qualunque ei vorrà di loro. *Ma per l'epistola del divino Adriano* il creditore è costretto di dividere la sua azione tra tutti coloro che *al tempo della contestazione della lite sono solvibili.* E però se alcuno de'fidejussori non ha in quel tempo il modo di pagare, *gli altri rimangon gravati della sua parte.* Ma se il creditore avrà conseguito il tutto da uno de'fidejussori, il danno sarà di costui solo, se quegli per il quale egli ha assicurato non avrà modo di pagare, e debbe dolersi di se medesimo che avendo potuto aiutarsi con l'epistola del divino Adriano, e domandare che l'azione fosse ristretta alla sua parte, non l'abbia fatto.

I fidejussori non eran soggetti alle disposizioni della legge *Furia* (quì sopra pag. 135), ma rimanevano sotto la regola comune delle stipulazioni. Se dunque erano più per un medesimo credito, salvochè non avesser fatto solamente una promessa per parti (3), erano obbligati ciascuno per l'intero (*singuli in solidum*), quantunque ciò non si fosse espresso (4), perchè questo era il naturale risultamento della loro risposta: IDEM FIDEJUBES? FIDEJUBEO. In conseguenza il creditore era in libertà di rivolgersi per la totalità contro qualunque di loro più gli piaceva. Il testo indica, come un editto dell'imperadore Adriano venne in soccorso de' fidejussori, del pari che la legge *Furia* era venuta in soccorso degli *sponsores*, e *fidepromissores* (5). Nondimeno si vuol avvertire tra le disposizioni di questo editto, e quelle della legge *Furia*: 1.° che rispetto a' fidejussori l'azione del creditore non si divide di pieno diritto, ma è necessario che il fidejussore convenuto dimandi questa divisione; 2.° che la divisione non ha luogo, come per la legge *Furia*, tra quelli che si trovan viventi al tempo della esigibilità del credito; ma tra i fidejussori che son solvibili al momento della *litis contestatio*: di maniera che infino a questo momento ciascuno risponde dell' insolvibilità dell'altro »: *hoc caeteros onerat* » dice il testo; « *ad caeterum onus respicit* », dice Gaio (6). Questo vantaggio conceduto a' fidejussori di poter domandare la divisione dell'azione tra tutti quelli che han modo di pagare è comunemente chiamato nella giurisprudenza il *benefizio di divisione*. Da ciò si vede che i fidejussori non son tenuti solidamente come i *co rei*; neppure son tenuti ciascuno per la sua parte: essi son tenuti per l'intero, ma col beneficio della divisione. In quanto alla *litis contestatio*, cioè a quella parte del procedimento, nella quale al tempo delle azioni di legge ciascun litigante dopo compiuto il rito dell'azione innanzi al pretore prendeva de' cittadini a testimoni di ciò che si era operato: *testes estote!* e per tal modo rendeva certo il cominciamento della lite: ne parleremo più avanti, ed allora vedremo com'essa fu modificata dal sistema formolario; dal che dipendevano i diversi effetti che produceva, e tra gli altri quello di cui quì si fa parola, pei fidejussori; ed infine che cosa ne divenne quando la procedura straordinaria venne in voga.

V. *Fedejussores ita obligari non possunt ut plus debeant quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis; nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur;*

(1) *Ivi 6, pr. e § 2. f. Ulp.*
(2) *D. 5, 1,* De judic. *35, f. Javolen.; 46, 1, h. t. 57, f. Scaev.*
(3) *D. 46, 1. h. t. 51, pr. f. Pap.*
(4) *Cod. 8. 41. De fidejus. et mandator. 3, const. Sev. e Anton.: « Nam et cum hoc non adjiciatur, singuli tamen in solidum tenentur ».*
(5) Gaio (*Com. 3. § 121, e 122*) parla anche in particolare di questo editto dell'imperadore Adriano. Nondimeno Paolo nelle sue sentenze (lib. 1. tit. 20.) sembra attribuire questa divisione di azione all'editto del pretore (*ex edicto praetoris*).
(6) *D. 46, 1. h. t. 26. f. Gai; e 51. §§ 1, e 4. f. Papin. — Cod. 8. 14. De fidejuss. 5. const. Sev. ed Anton.*

contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest; contra non potest: non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus post tempus dare.

5. I fidejussori non possono obbligarsi a dare più di qual ch'è tenuto colui per lo quale han fatto sicurtà. Perocchè la loro obbligazione è accessione dell'obbligazione principale, e l'accessione non può contenere più della cosa principale. Possono però obbligarsi a dar meno. Laonde se il reo promette dieci soldi d'oro, il fidejussore può obbligarsi per cinque, ma se il reo ne promette cinque il fidejussore non può obbligarsi per dieci. Similmente se colui prometterà puramente, il fidejussore può promettere sotto condizione, ma non può far il contrario; poichè il più ed il meno s'intende non solamente nella quantità, ma anche nel tempo; in fatti dare all'istante è più, dar dopo un tempo è meno.

Questa è regola comune tanto all'*adstipulator*, quanto agli *sponsores*, ai *fidepromissores* ed ai fidejussori (1). La ragione è la medesima, e ciò che abbiam detto per l'*adstipulator* (qui sopra p. 132) si applica a tutti. Parimente le disposizioni della legge *Cornelia* che limitava la somma fino alla quale la medesima persona poteva obbligarsi per un altro (*idem pro eodem, apud eumdem, eodem anno*) eran comuni ai fidejussori ugualmente che agli *sponsores* ed ai *fidepromissores* (2).

VI. *Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.*

6. Se il fidejussore avrà pagato pel reo, egli ha contro di lui l'azion di mandato per farsi rivalere.

Questa regola è del pari comune agli *sponsores*, ai *fidepromissores*, ed ai fidejussori (3): salvo l'azione speziale della quale godevano i soli *sponsores* in forza della legge *Publilia*, *actio depensi*. Tuttavia se il fidejussore sarà intervenuto senza mandato nè espresso nè tacito del debitore principale, ma all'insaputa di costui (*pro ignorante*), come sarebbe, durante la sua assenza, egli non avrà l'azione di mandato, ma quella di gestione d'affari (*negotiorum gestorum*) (4). Non avrà poi niuna azione se sarà intervenuto a malgrado del debitore, e non ostante la sua proibizione (*pro invito; pro praesente et vetante*) (5); ovvero se sarà intervenuto per pura liberalità (*donandi animo*), cioè con animo di pagar gratuitamente per lui (6).

VII. *Graece fidejussor ita accipitur*, Τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, *sive* Βούλομαι; *sed et si* φημὶ *dixerit pro eo erit ac si dixerit* λέγω.

7. Il fidejussore si obbliga in greco in questi termini: Τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω (comando sulla mia fede), λέγω (dico) θέλω o Βούλομαι (voglio, o voglio bene); se egli dice φημὶ (pretendo), sarà come se abbia detto λέγω (dico).

Da questo paragrafo che è tratto da un frammento d'Ulpiano (7) possiamo dedurre che al tempo di questo giureconsulto si era già riguardo alla fidejussione abbandonata la formola primitiva: IDEM FIDE TUA ESSE JUBES? e che si erano ammesse altre dizioni equivalenti, mentrechè la *sponsio*, e la *fidepromissio* ricevevano sempre il loro carattere particolare dai termini che si erano adoperati.

VIII. *In stipulationibus fidejussorum sciendum est generaliter hoc accipi ut quodcumque scriptum sit quasi actum videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.*

8. Bisogna conoscere, che nelle stipulazioni dei fidejussori, si tiene per regola generale, che quel che si asserisce di essersi fatto si ritiene come già fatto realmente. Quindi se alcuno avrà scritto di aver fatto qualche sicurtà, si reputerà che tutte le debite solennità sieno state adempiute.

Questo è un effetto della tendenza che ogni dì più si rafforzava di attenersi più alla fede della scrittura che alla pruova positiva dell'adempimento materiale degli atti e delle parole. Tal principio di già esposto per le stipulazioni in generale (qui sop. p. 127) pare essere stato più presto, e più radicalmente ammesso pe' fidejussori. Ulpiano lo avea di già formolato in questi termini: « *Sciendum est generaliter quod si quis se scripserit fidejussisse, videri omnia solemniter acta* » (8).

Terminiamo col dire che la specie par-

(1) *Gai. Com. 3. § 126. — D. 46. 1. h. t. 8. § 7. f. Ulp.; 54. f. Paul. — 50. 16.* De verb. sign. *12. § 1. f. Ulp.*

(2) *Gai. Com. 3. § 124.* (3) *Ivi, § 127.*

(4) *D. 17, 1.* Mandati vel contra *20. § 1. f. Paul.*

(5) Nondimeno la quistione era fortemente dibattuta; taluni giureconsulti volevano in questo caso dargli almeno l'azione utile *negotiorum gestorum*; ma l'avviso contrario era prevaluto.—D. 17, 1. *Mandat.* 40. f. Paul. — C. 2. 19. *De neg. gestis.* 24. const. Justinian.

(6) *D. 17, 1.* Mandat. *6. § 2. f. Ulp.*

(7) *D. 46, 1.* De fidejus. *8, pr. f. Ulp. — C. 8. 41.* De fidejus. *const. Alexand.*

(8) *D. 45, 1.* Verb. oblig. *30. f. Ulp.*

ticolare di sicurtà (*cautio*) la quale consiste in dare al creditore degli *adpromissores*, cioè de' garanti che si obbligano con promessa verbale (*verbis*) pel debitore principale, appellasi *satisdatio*. *Satisacipere* vale ricever questa sicurtà, e *satisdare* darla; le quali denominazioni son comuni tanto agli *sponsores* quanto ai *fidepromissores* ed ai fidejussori (1).

Azioni relative alle adstipulazioni, ed alle adpromissioni.

L'*adstipulator* per effetto del suo intervento ha due spezie di differenti relazioni: 1° relazione col promettente; 2° relazione con lo stipulante principale. Gli *adpromissores* possono averne tre; infatti essi hanno ha riguardarsi nelle loro relazioni: 1° col creditore; 2° col debitore principale; 3° tra loro, se son più. Da queste diverse relazioni risultano per l'esercizio de' diritti che vi si riferiscono diverse azioni che quì intendiamo di far conoscere.

Per ciò che riguarda l'adstipulator. 1° Rispetto al promettente egli è creditore per istipulazione; egli ha dunque l'azione che risulta dal contratto per parole: la *condictio certi*, o l'azione *ex stipulatu* estinguibili alla sua morte, perchè il diritto è individuale a lui. 2° Rispetto allo stipulante principale egli è un mandatario; questi ha dunque contro di lui l'azione *mandati* per fargli render conto, e restituire ciò che ha ricevuto; o anche l'azione *damni injuriae* risultante dal capo speziale della legge Aquilia nel caso da essa legge preveduto (quì sop. p. 133).

Per ciò che riguarda gli *sponsores*, ed i *fidepromissores*: 1° Relativamente al creditore essi erano debitori per istipulazione; questi dunque avea contro di loro l'azione nata dal contratto per parole (*condictio certi, actio ex stipulatu*); nondimeno con queste due modificazioni risultanti dalla legge Furia ed applicabili solamente nell'Italia: la *prima* che quest'azione non durava contro di loro che due anni; la *seconda* che se essi erano più, si divideva di pieno diritto in parti uguali, e per capi tra tutti coloro che si trovavan viventi al giorno dell'esigibilità del credito. 2° Riguardo al promettente principale essi erano mandatarii; avevano dunque contro di lui l'azione *mandati* per farsi rimborsare di ciò che avean pagato per lui. Lo *sponsor* avea inoltre nel medesimo scopo un'azione particolare che gli era spezialmente attribuita dalla legge Publilia, l'*actio depensi* portante condanna al doppio in caso di denegazione (*adversus inficiantem*). 3° Tra loro erano per le disposizioni della legge Apulia considerati come socii, in conseguenza quegli che per l'azione del creditore era stato astretto a pagare al di là della sua parte avea contro gli altri l'azione *pro socio* per fare sopportare a ciascuno la sua porzione. Dopo la legge Furia questo ricorso non fu più applicabile per l'Italia, essendochè l'azione del creditore si divise di pieno diritto, ma esso continuò ad aver luogo nelle province (2).

Da ultimo per ciò che riguarda i fidejussori: 1° Rispetto al creditore essi sono anche debitori per istipulazione; questi dunque ha contro di loro la *condictio* o l'azione *ex stipulatu*; 2° Rispetto al debitore principale sono, secondo i casi, mandatarii, o *gerenti di affari*, e per conseguente hanno l'azione *mandati*, o l'azione *negotiorum gestorum* per ottenere il rimborso di ciò che han pagato, salvochè non fossero intervenuti per lui contro il suo divieto o per pura liberalità (*donandi animo*). 3° In fine tra loro, salvo una convenzione spezialmente contraria, non v'è alcuna società, perchè la legge Apulia non fu mai applicabile ad essi; quegli dunque tra loro, che ha pagato anche la totalità non può avere per questo solo fatto alcun regresso contro i suoi confidejussori (3).

Ma su tutti questi punti, e per garentire i loro interessi tanto rispetto al creditore che si rivolge contro di loro, quanto rispetto al debitore principale, o anche rispetto ai loro confidejussori, diversi vantaggi furono ad essi successivamente conceduti. Sotto il diritto di Giustiniano ne ebbero tre importanti oggidì volgarmente conosciuti nella giurisprudenza sotto i nomi di beneficii o eccezioni: 1° d'ordine o di discussione (*ordinis o excussionem beneficium*); 2° di divisione (*divisionis*); 3° di cessione d'azioni (*cedendarum actionum*).

Noi vediamo da un frammento di Pao-

(1) *D. 45, 1. Verb. oblig. 5. §§ 1, e 2. « Satisacceptio est stipulatio quae ita obligat promissorem, ut promissores quoque ab eo accipiantur, id est qui idem promittunt, etc. — Gai. Com. 3. §§ 123, e 125.*

(2) *Gai. Com. 3. § 122.*

(3) *Gai ivi. « (Ad fidejussores lex) Apuleia non pertinet; itaque si creditor ab uno totum consecutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, scilicet si is pro quo fidejussit, solvendo non sit ». D. 46. 1. h. t. 39, f. Modest. — Cod. 8, 41. h. t. 11. const. Alexand.*

lo, e da parecchi altri testi che il creditore, salvo una convenzione in contrario, era in libertà d'intentare a suo talento l'azione o contro il debitore principale, o contro il fidejussore, ed essendo più, contro quello di loro che più gli andava a grado: « *Jure nostro est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur* », dice una costituzione dell'imperadore Antonino (1). Ma fatta una volta la scelta, e data l'azione contro di uno (*lite contestata*), gli altri erano liberati (2). In una costituzione dell'anno 531. Giustiniano aveva cangiato quest' ultimo punto: l'azione esercitato contro di uno non liberava gli altri (3). Non pertanto nel proemio d'una delle sue Novelle egli parla d' una legge antica caduta non sa come in dissuetudine, secondo la quale non era lasciata al creditore questa libera scelta, e crede ben fatto di richiamarla in vigore migliorandola (4). Per effetto di questa novella il fidejussore convenuto in giudizio dal creditore può domandare che questi si rivolga in prima contra il debitore principale (*veniat primum ad eum qui debitum contraxit, ad principalem*), e non ricorra contro il fidejussore se non per quello che non avrà potuto ottenere dal debitore *secundum quod ab eo non potuerit recipere.* In caso di assenza del debitore principale il giudice dava al fidejussore un termine per chiamarlo in causa (*Judex det tempus intercessori, idem est dicere sponsori et mandatori volenti principalem deducere*), passato il qual termine, l' azione seguiva il suo corso contro il fidejussore (*tunc fidejussor aut mandator, aut sponsor exequatur litem*): Questo è quel che oggi comunemente si chiama il beneficio, o l'eccezione di ordine o discussione (5). Del rimanente si avverta che prima di questa novella Giustiniano in una costituzione che si trova nel Codice avea già deciso che il creditore perseguitando da prima il debitore principale, o uno de' fidejussori non perdeva per questo il suo diritto contro gli altri, ma lo conservava fino all' intera soddisfazione (6).

Il fidejussore ch' è convenuto in giudizio, può inoltre giovarsi della facoltà concedutagli dal rescritto di Adriano (*epistola divi Hadriani*), e domandare che il creditore divida la sua azione tra tutti i confidejussori solvibili al momento della contestazione della lite: questo è il beneficio o l'eccezione di divisione che di già abbiamo esposto qui sopra p. 137.

Da ultimo se il fidejussore in vece di chiedere la divisione è disposto a dare al creditore la somma totale del debito, ha il diritto di ciò fare non a titolo di pagamento in (*solutum*) il che estinguendo il credito libererebbe tutti gli altri obbligati, e lascerebbe quindi il fidejussore senz' altra azione contro il debitore principale tranne quella di mandato o di gestione di affari, e senza alcuna specie di regresso contro i suoi confidejussori; ma ha il diritto di farlo a titolo di acquirente come un compratore del credito, il quale perciò continua a sussistere tanto contro il debitore principale, che contro i confidejussori: « *Fidejussoribus succurri solet ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere caeterorum nomina* » dice Giuliano (7); e Paolo spiega anche più chiaramente come il credito non è estinto, quantunque il creditore ne riceva la somma totale: *Non enim in solutum accipit; sed quodam modo nomen debitoris vendidit* (8) ». Noi già sappiamo (V. I. p. 439), e vedremo più particolarmente quando tratteremo di questa materia in particolare, che un credito non può esser veramente trasferito dalla persona del creditore ad un' altra; che, non ostante la cessione, il dritto continua sempre ad appartenere al creditore; che soltanto questi è astretto a costituire in certo modo il cessionario suo procuratore, ma procuratore nel suo proprio interesse (*procurator in rem suam*), e a dargli in queste qualità l' esercizio di tutte le sue azioni, coi pegni, ipoteche, o altre sicurtà

(1) *Cod. 8, 41.* De fidejuss. *4. const. Anton.; 19, e 21. const. Diocl. e Maxim. — Paul. Sent. 17, § 16.*

(2) *Paul. Sent. 17. § 16: « Electo reo principali fidejussor vel heres ejus liberatur ».* Non era lo stesso rispetto a'mandanti secondo ciò che Paolo immediatamente aggiugne: « *Non idem in mandatoribus observatur* », e secondo ciò che abbiamo da un frammento di Giuliano: *D. 46, 1. h. t. 13.*

(3) *C. 8, 41.* De fidejus. *28, const. Justinian.*

(4) Novella 4. (an. 539. di G. C. Praefat.:) « *Legem antiquam positam quidem olim, usu vero nescimus quemadmodum non approbatam... rursus revocare et ad rempublicam deducere, bene se habere putavimus : non simpliciter... sed cum competenti et Deo placito distribuentes augmento* ».

(5) *Nov. 4. cap. 1.*

(6) *C. 8, 41.* De fidejus. *28. const. Justinian. an. 531.*—Egli stabilisce su questo punto, riguardo a' fidejussori il diritto che già esisteva pe' mandanti.

(7) *D. 46, 1.* De fidejuss. *17, f. Julian.*

(8) *D. 46, 1.* De fidejuss. *56, f. Paul.*

che per avventura vi sieno annesse. Questo da parte del creditore dicesi *actiones mandare*, *actiones praestare*, *o actiones cedere*, ed ha luogo nella specie in favore del fidejussore che paga tutto il debito. In siffatta cessione il fidejussore trova due vantaggi: siccome i privilegi, le ipoteche, e sicurezze di qualunque specie son cedute a lui con l'azione, ed i pegni parimente gli son consegnati (1), così egli potrà rivolgersi per esser rimborsato: 1.° Contro il debitore principale non solamente a suo nome con l'azione *mandati*, *o negotiorum gestorum* privo di ogni garentia, ma eziandio a nome del creditore, e come il creditore medesimo; 2.° Contro i suoi proprî confidejussori, verso i quali senza questo non avrebbe avuto alcun regresso. Il fidejussore per aver diritto a richiedere cosiffatta cessione dee pagar la totalità (*ei qui solidum solvere paratus est*; — *non prius quam omne debitum exsolvatur*, dicono i testi); ma dal momento che egli offre lo intero pagamento, il creditore è obbligato di farla (*stipulator compellitur*) (2). Altra volta senza dubbio era necessario che la cessione avesse luogo innanzi che l'azione fosse data contro il fidejussore, cioè innanti la *litis contestatio*: passato questo termine non si era più a tempo, perchè tutti gli altri obbligati si trovavano liberati; ma da che questo diritto comune, secondo che abbiam veduto (qui sop. p. prec.) fu mutato da Giustiniano, il fidejussore potè domandare la cessione delle azioni del creditore anche dopo di essere stato convenuto e condannato (3). Di tal fatta è il beneficio di cessione (*redundarum actionum*). Quando il fidejussore è solo, il vantaggio che ne può ritrarre è certo; ma quando vi sono più confidejussori solvibili al momento della *litis contestatio*, egli dee esaminare secondo le circostanze se gli torni più utile di domandare la divisione e di pagar la sua sola parte, contentandosi di non aver altro ricorso che la sua azione *mandati* contro il debitore principale, o di anticipare il capitale e pagare l'intero debito facendosi cedere le azioni dal creditore per trovarsi così nel suo luogo e nella sua posizione tanto contro il debitore principale, che contro i fidejussori; perciocchè questi due diritti non si possono cumulare.

Del senato-consulto Velleiano (4) e di ciò che s'intende per intercessione, e per intercessori.

Non lasceremo la materia degli *adpromissores* senza dire qualche parola di un Senato-Consulto degno di osservazione, il quale ebbe la più grande influenza sullo stato e sulla capacità delle donne in fatto di obbligazioni. Era nell'indole del diritto romano di negare alle donne la medesima capacità giuridica che era data agli uomini. Infatti l'antico diritto le assoggettava o alla potestà altrui, o ad una perpetua tutela, e non v'era per esse altra condizione. Ma i procedimenti sottili de' giureconsulti, ed il cambiamento de' costumi vennero in loro aiuto, ed elle si poteron trovar libere e padrone delle loro azioni. Allora con uno scopo di protezione si cominciò a pensare di limitar, per altra via l'estensione della loro capacità. Di già sotto Augusto, e indi a poco sotto Claudio alcuni editti di questi principi aveano proibito che le donne si obbligassero validamente pe' debiti de' loro mariti: «*ne feminae pro viris suis intercederent*(5)», allorchè sotto il regno di quest'ultimo imperadore, ed a richiesta de' Consoli Marco Silano, e Velleio Tutore (an. 46 di G. C.) fu ammesso un senato consulto, che rendè generale la proibizione (6). Questo senato consulto, al quale è rimasto il nome di uno de' consoli, S. C. Velleiano, e del quale un frammento di Ulpiano ci ha trasmesse le proprie parole (7), vieta che le

(1) *D. 46, 1.* De fidejuss. *59. f. Paul.* — *C. 8. 41.* De fidejus. *2, const. Sever. e Ant.; 11, const. Alex.*

(2) *D. 46, 1.* De fidejus. *17. f. Julian.* — *C. 8. 41.* De fidejus. *2. const. Sever. e Ant.; 21, const. Dioclet. e Maxim.*

(3) Debbesi applicare a lui ciò che dicevasi una volta de' mandanti (*D. 46, 1.* De fidejuss. *et mandat. 41.* § *1. f.* Modest.), giacchè Giustiniano li assomiglia in questo. (*C. 8. 41.* De fidejuss. *et mandat. 28. const. Justinian.* e qui sopra p. 101 e 104).

(4) Paul. Sent. 2. 11. *Ad senatus-consultum Velleianum.* — D. 16, 1. *Ad senatus-consultum Vell.* — Cod. 4. 29. *Ad senatus-consultum Vellej.* — Nov. 134. c. 8. *De interc. mulier.*

(5) *D. 16, 1.* Ad sen. cons. Vellej. *2. pr. f. Ulp.*

(6) *Dion. Cass. LX. 27.*

(7) *D. 16, 1. h. t. 2.* § *1.*: « *Cujus S. C. verba haec sunt: Quod M. Silanus et Velleius Tutor, consules verba fecerunt de obligationibus feminarum quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt: Quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum: arbitrari Senatum recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam ut in ea re Senatus voluntas servetur.*

donne possano in modo alcuno validamente obbligarsi pe' debiti altrui (*pro aliis reae fieri*), ovvero, per usare la frase consacrata in questa materia, e che si trova eziandio nel senato consulto, vieta che possano interceder per altrui (*intercedere*) : « *In genere negotiorum et obligationum tam pro viris, quam pro feminis intercedere mulieres prohibentur* », dice il giureconsulto Paolo (1). Se elle si sieno per tal modo obbligate , quando il creditore le attacca si potranno difendere con l'eccezione desunta dal senato consulto : « *ei per exceptionem Velleiani senatus consulti succurritur* (2)»; o anche domandare indietro con la *condictio indebiti* ciò che, nell'ignoranza del beneficio conceduto loro dal senato consulto, per avventura avesser pagato di cosiffatto debito (3). Nondimeno alcune circostanze particolari, ma eccezionali potevano impedire che la donna non si potesse valere dell'eccezione(4). E questo è il diritto che si mantenne , e giunse in fino a Giustiniano , il quale lo conservò, salvo alcune modificazioni (5). Le sue applicazioni eran frequenti nella pratica, e spesse volte si presentavano negli affari in cui si trovavan frammischiate delle donne. Notate che questo diritto non proibiva alle donne di obbligarsi per se medesime, nè di pagar per altrui (6); ma solamente di obbligarsi per altri , e questo per la ragione che le donne non valutando le conseguenze di un tempo avvenire più facilmente s' inducono ad obbligarsi per altri , che a donare (*hoc ideo , quia facilius se mulier obligat quam alicui donat*).

La nozione generale di queste dizioni *intercedere, intercessio, intercessor* che di frequente son adoperate ne' testi si deduce in questo modo. *Intercedere* è obbligarsi volontariamente pel debito di un altro o in guisa da liberarlo immediatamente , o restando obbligato con lui, e per lui (*pro alio reus fieri*; *alienam obligationem suscipere*). L'*intercessio* è la convenzione per la quale alcuno si obbliga in questo modo , in qualsivoglia maniera sia contratto l'obbligazione (7). L' *intercessor* è colui che si obbliga per altri. Da ciò si vede che tutte le *adpromissiones* tanto le *sponsiones* , quanto le *fidepromissiones*, e le *fidejussiones* erano delle specie d'intercessioni formate per parole (*verbis*). Ma altre intercessioni potevano aver luogo in altri modi, e con altri effetti.

TITULUS XXI.

DE LITTERARUM OBLIGATIONE.

TITOLO XXI.

DELL' OBBLIGAZIONE LETTERALE.

La stipulazione, come modo di contrar re le obbligazioni è stata nel diritto civile quiritario la prima derivazione del *nexum*, dell'atto di pesare per *aes et libram*: si aveano in essa le parole (*nuncupatio*) staccate dalla solennità del pesare, che si teneva per adempiuta. La stessa filiazione delle parole, se dobbiamo prestar fede a quella indicatane da Festo (quì sop. p. 91 nota 5) ci rivela l'origine , e la natura di tale istituzioni. *Stipu-latio*: il metallo (*stips*, *stipendium*, quando è monetato, derivato probabilmente da *pendere*) è tenuto per pesato, e dato.

Ora siam pervenuti alla seconda derivazione della medesima idea. Il metallo, il danaro sarà egualmente tenuto per pesato, e dato , ma per mezzo di una scrittura, non già per via di parole : questo è un passo di più che si è fatto. E le stesse parole ci rivelano d' una maniera molto più certa anche la medesima origine. *Expensi-latio*, *pecunia expensa lata*: *pecunia accepta relata*: il denaro è tenuto per pesato e dato da una parte, per pesato e ricevuto dall'altra. Se le induzioni della filologia possono esser variabili e contrastate per la parola stipulazione, sono però di massima evidenza , e fuori di ogni du-

(1) *Paul. Sent. 2, 11. § 1.*

(2) *C. 4, 29. h. t. 3, const. Anton.; 16. const. Diocl. e Maxim.*

(3) *C. 4, 29. h. t. 9. const. Gord. — D. 16. 1. h. t. 8. § 3. f. Ulp.*

(4) Per esempio se vi è stato dolo da parte sua. — *D. 16. 1. h. t. 2. § 3, fr. Paul.; 11 fr. Paul.; 27, pr. f. Papin. 30. pr. f. Paul. e C. 4, 29. h. t. 18. const. Diocl. e Maxim.*—Ovvero se ella non è per riportarne alcun danno: *D. 16, 1.; 16. pr. f. Julian.; 21 pr. f. Callistr.; 22. f. Paul.* — Se il creditore è un minore di 25 anni, ed il debitore principale sia insolvibile: *D. 4, 4.* De minor. *12. f. Gai.* —Ed alcuni altri ancora: *D. 16, 1. h. t. 32. § 4, f. Pomp. — Paul. Sent. 2. 11. § 2.*

(5) La più importante consiste in ciò che Giustiniano vuole che se la donna ha fatta la sua intercessione essendo maggiore di 25 anni , e la ripete dopo due anni, non può prevalersi più del senato-consulto; al che bisogna aggiugnere lo stabilimento di certe forme per l'intercessione. — *Ved. C. 4. 29. h. t. 22, e 23, const. Justinian.* — Ved. anche Novel. 134. cap. 8.

(6) *D. 16. 1. h. t. 4. § 1. f. Ulp.; 5, f. Gai. — C. 4, 29. h. t. 1. const. Anton. e 4, const. Alex.*

(7) *16, 1, h. t. 2, § 5. f. Ulp.*

bitazione per quelle di *expensilatio*, e di *pecunia expensa lata*.

Tra la stipulazione, e l'espensilazione, o l'antico contratto *litteris* de' romani vi ha un' analogia un parallelo manifesto, perchè vi ha comunanza di origine. Siffatto parallelo potrà forse arrecar qualche lume all'obbligazione *litteris* rimasta sì oscura. Ma prima di far ciò è a vedere come i romani vennero a far uso della scrittura in luogo delle parole per tenere il danaro come pesato e dato da una parte, e ricevuto dall'altra.

De' registri domestici (*tabulae, codex*), **e delle iscrizioni di credito dette** *arcaria nomina*.

Presso un popolo la cui indole, spezialmente nell' origine, e prima che si fosse mescolato con tutte le nazioni, piegava alla severità de' costumi, alla domestica masserizia, ed alla ristrettezza del vivere fino all'avarizia, alle relazioni giuridiche fino al culto delle cose giudiziarie, quando le lettere furono introdotte e diffuse, divenne usanza nazionale che ciascun capo di famiglia tenesse un registro domestico, nel quale notasse esattamente giorno per giorno le sue operazioni, le entrate, i guadagni, le spese, e le perdite d'ogni maniera (1). Questo registro portava il nome generale di *tabulae* o di *codex*. L' austerità e la fede primitiva diedero un carattere di sanzione quasi religiosa e pubblica a questa tavole domestiche. Gli autori classici attestano in più luoghi l' accuratezza con la quale si tenevano, e la fede che vi si aggiustava. « *Non conficit tabulas? imo diligentissime* », dice Cicerone in un tempo già corrotto, parlando di Fannio Cherea (2); « *confecit tabulas diligentissime Cluentius. Haec autem res habet hoc certe, ut nihil possit neque additum neque detractum de re familiari latere* », dice altrove parlando di Cluenzio (3); ed in una delle sue orazioni contro Verre parla come di cosa nuova ed inaudita della pretensione che un cittadino non avesse tenuto il suo registro, o avesse cessato di tenerlo (4). Per formare accuratamente e con esattezza cotali registri, i romani notavano da prima le operazioni sopra una specie di quaderni mensuali chiamati *adversaria* dove i notamenti si facevano senz'ordine metodico, come si presentavano, e da questi regolarmenie in ogni mese si riportavano nelle tavole ordinatamente e con metodo le menz oni che vi doveano esser registrate. Si può vedere in Cicerone la differenza di tenuta, e d' importanza tra gli *adversaria*, ed il *codex* o *tabulae*. Queste tavole l'oratore appella *aeternae*, *sanctae*, *quae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur* (5). E però men-

(1) Circa tal costumanza si cita il seguente luogo del grammatico Asconio Pediano nelle sue annotazioni sulla seconda Verrina di Cicerone « *Moris autem fuit*, dice questo annotatore, *unumquemque domesticam rationem sibi totius vitae suae per dies singulos scribere, ex qua appareret, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, foenore, lucrove seposuisset quoquo die, et quid idem sumtus, damnive fecisset. Sed postquam obsignandis litteris reorum, ex suis quisque tabulis, damnari coepit, ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit* ». Cicerone, *in Verrem* actio 2. lib. 1. § 23. Asconio Pediano secondo l' opinione comunemente ricevuta, tratta da Servio (ad Virgil. egl. 3. 105) sarebbe stato il contemporaneo di Virgilio e morto sotto Nerone; da un'altra opinione attinta da S. Geronimo, si troverebbe ad un tempo posteriore, e non sarebbe morto che nel 7. anno del Regno di Domiziano (anno 88 di G. C.); del resto nell'una e nell'altra ipotesi, egli avrebbe avuto per allievo Quintiliano, che ne parla più volte nelle sue istituzioni oratorie (1. 7. 24 e v. 10. 9.) Se il luogo che ora abbiamo citato, sull'uso delle *tabulae*, e sulla desuetudine in cui quest'uso è caduto, appartiene realmente ad Asconio, e alla sua epoca, avrebbe in questa materia una importanza storica per noi. Ma dopo una critica moderna su' manoscritti, e segnatamente quello di S. N. Madvigius (*Disputatio critica de Q Asconii Pediani, et aliorum interpretum in Ciceronis orationes commentariis—Appendix critica*. Hunisae 1828), seguito da Orelio, nella sua edizione di Cicerone (vol. V. p. 11. Juririci. 1833) resterebbe dimostrato che le annotazioni sulle Verrine non facciano veramente parte di quelle di Asconio che ci son pervenute, e dovrebbero essere attribuito a qualche Scoliane molte posteriore, un falso Asconio (Pseudo Asconius), opinione adottata dal Nieburh, ed in ultimo luogo da Savigny, nella sua dissertazione sul contratto letterale presso i romani (*Vermischte schriften, Berlin, 1850. 1. vol. p. 247*: la qual cosa diminuirebbe considerevolmente la importanza dalla citazione.

(2) *Cicer. Pro Q.* Roscio *orat.* 5, § 1.

(3) *Cic. pro* Cluentio § 50.

(4) *Cic.* in verrem *actio* 2, *lib.* 1, § 23. « *Habeo et istius, et patris ejus accepti tabulas omnes: quas diligentissime legi atque digessi: patris, quoad vixit, tuas, quoad ais te confecisse. Nam in isto, judices, hoc novum reperietis. Audimus, aliquem tabulas nunquam confecisse ... Audimus alium non ab initio fecisse, sed ex tempore aliquo confecisse... Hoc vero novum et ridiculum est quod hic nobis respondit quum ab eo tabulas postularemus : usque ad M. Terentium, et C. Cassium consules confecisse, postea destitisse* ».

(5) Cic. *Pro Q. Roscio comoedo oratio.* 5, § 2... « *Quid est quod negligenter scribamus adversaria ? quid est, quod diligenter conficiamus tabulas ? qua de causa ? quia haec sunt menstrua, illae sunta aeternae; haec delentur statim, illae servantur, sanctae ; haec parvi temporis memoriam ,*

tre gli *adversaria* erano sforniti di autorità e di credito giuridico, le *tabulae* formavano in giudizio degli elementi di prova degni di fede (1).

Ma in tutto ciò non si tratta che di conservar la memoria di operazioni fatte; i diversi notamenti sulle *tabulae* non son altro che mezzi di pruova. Non si dee perder di vista quest' osservazione, che s' iscrivevano sul registro tutti gli atti di qualsivoglia ragione, relativi al patrimonio, poichè questa osservazione serve a darci lume. Così a cagion d' esempio se alcuno abbia iscritta come fatta una vendita, una compra, ovvero una stipulazione, una promessa; siffatta iscrizione è un mezzo di provare il fatto che ha avuto luogo, alla qual pruova, in caso di contestazione, il giudice avrà quel riguardo che sarà di ragione. » Mostrane le tue tavole, o quelle del padre tuo, dice Cicerone a Verre, mostra una sola statua, un solo quadro comprato, ed io ti darò per guadagnata la causa (2) » Il medesimo dee dirsi del *mutuum*. Se il capo di famiglia riporta sul suo registro relativamente alla tal persona di cui v' iscrive il nome (*nomen*), che egli ha dato o ricevuto in prestito la tal quantità, questa iscrizione non è di natura diversa dalle precedenti; essa è un istromento per la pruova d' un fatto compiuto, che fa fede più o meno, secondo le persone, e le circostanze. Quel che genera l' obbligazione non è l' iscrizione, ma la numerazione, la dazione delle specie. Ecco il fatto capitale, il fatto, che in caso di contestazione tra le parti, si dovrà esaminare, e provare. Anche la filologia viene a darci lume intorno a ciò. Tutte le iscrizioni di credito al nome di una persona, sulle tavole domestiche prendono la designazione comune di *nomina*: e da ciò viene che applicando la parola al diritto medesimo di obbligazione si son chiamati *nomina* tutti i crediti. Ma le iscrizioni di che qui si tratta ricevevano da' romani una qualificazione che ne esprime energicamente la natura: *arcaria nomina* iscrizioni di crediti derivanti dal forziere (*arca*); in fatti dal forziere è uscita la somma e quindi è nata l' obbligazione (3). E però Gaio ha cura di dire che gli *arcaria nomina* non sono una specie di obbligazioni letterale; che non servono a formare, ma soltanto a provare un'obbligazione: « *nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere* ». Dal che si deduce la conseguenza che somiglianti iscrizioni non sono esclusivamente riservate alle obbligazioni proprie de' cittadini romani, ma possono applicarsi eziandio a quelle degli stranieri: poichè l'obbligazione non prodotta dalla scrittura, ma dalla numerazione delle specie, la quale è di diritto delle genti (4).

De' *nomina* per eccellenza o *nomina transcriptitia*, e dell'espensilazione.

Ma se le due parti secondo i principii del diritto civile primitivo, si accordano l'una a tener la somma per pesata e data (*pecunia expensa lata*, l'altra a tenerla per pesata e ricevuta (*accepta relata*), ed a ri-

---

illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur; haec sunt dejecta, illae in ordinem confectae. Itaque adversaria in judicium protulit nemo: codicem protulit, tabulas recitavit ».

(1) Cicerone: alla fina della nota precedente.— E nel medesimo paragrafo della medesima orazione, queste altre parole: « *Quod si eandem vim, diligentiam, auctoritatemque habent adversaria quam tabulae, quid attinet codicem instituere? conscribere? ordinem conservare? memoriae tradere litterarum vetustatem* »? Altrove si vede il partito che i giudici traevano dall'esame delle tavole: « *Anni sunt octo*. dice Cicerone ai giudici, nella sua orazione per Cluenzio (§ 30), *anni sunt octo, quum ista causa in ista meditatione versatur, quum omnia, quae nunc ad eam rem pertinent, et ex hujus, et ex aliorum tabulis, agitatis, tractatis, inquiritis* ».

(2) Cic. *In Verrem act. 2, lib. 1* § *23*: « *Unum ostende in tabulas aut tuis, aut patris tui emptum esse: vicisti* « !

(3) Io non divido l'opinione accreditata in Alemagna che confonde gli *arcaria nomina coi chirographa* e considera sì gli uni e sì gli altri come semplici biglietti probatorii rilasciati dal debitore al creditore, e detti *arcaria nomina*, perchè sono depositati nel forziere (in arcis) come mezzi di pruova (ved. Muehlenbruch nuova edizione *dell'antichità* di Einecio p. 562, nota a). Io mi allontano su questo punto dall' esposta opinione per due capi: 1° L'iscrizione sulle tavole costituisce i *nomina* in generale: obbligazione *litteris* nei *nomina transcriptia*; semplice prova negli *arcaria nomina*; 2° I biglietti o scritture separate, che noi oggi diremmo sopra fogli volanti, presentano una somigliante distinzione: obbligazione *litteris* particolarmente propria agli stranieri nelle *syngraphae*, e nei *chirographa*; semplice pruova nelle *cautiones*. Questo è il sistema che noi ci facciamo a spiegare.

(4) Gai. Com. 3, § 131: « *Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur; in his rerum, non litterarum obligatio consistit: quippe non aliter valet, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae facit obligationem, qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere* » — § *132*: » *Unde proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis juris gentium est* ».

portarla come tale sulle *tabulae*, sul *codex*, allora si entra in un nuovo ordine di idee, ed allora nasce la nozione del contratto formato per iscrittura (*litteris*). Siffatto accordo in fino a che resta nello stato di semplice convenzione non produce alcun legame civile; ma dal momento che per effetto dell'accordo si fa l'iscrizione sul *codex* con la formola consacrata, nasce l'obbligazione; ed in questo caso la scrittura non forma solamente una pruova, ma un contratto. Non si fa menzione di un fatto preesistente, *del mutuo* del quale si debba stabilir la verità: poichè vero o falso che sia questo, pel diritto civile è indifferente. Le parti han tenuta la somma per pesata e data da una parte, per pesata e ricevuta dall'altra; il loro punto di partenza è una finzione; cioè quel *nexum*, o l'azione del pesare *per aes et librum* dei tempi antichi si suppone adempiuta, e così si trova il modo di dispensarsene. Fatta questa supposizione ne segue l'iscrizione, e l'obbligazione civile esiste. Questa è l'iscrizione sulle *tabulae* che porta per eccellenza la denominazione di *nomen*. Da ciò derivano le locuzioni giuridiche di *expensum ferre, acceptum referre; pecunia expensa lata*; *pecunia accepta relata*; e quella di *codex accepti et expensi*. La preposizione *ex* (indicante l'uscita, l'emissione della somma) aggiunta alla parola *pendere* (che ne indica il pesare) esprime perfettamente l'idea. Le dizioni *nomen facere, nomina facere* sembrano consacrate per indicare la creazione di questa maniera di obbligazione (1).

Ora un paragone con la stipulazione aggiungerà più lume alla materia che abbiam per le mani. Come nella stipulazione vi son due parti ciascuna con un distinto ufficio: da un lato uno stipulante, e dall'altro un promettente, così nell'espensilazione o contratto *litteris* (2) vi ha due parti ciascuna col suo incarico particolare: l'una che scrive il *nomen* con la formola consacrata, l'altra che da l'ordine d'iscriverlo. Non cade alcun dubbio sulla necessità dell'ordine, o almeno del consenso precedente dell'obbligato; l'idea sola del contratto imperiosamente la richiede; le opere di Cicerone ne fan fede in più luoghi; Valerio Massimo ce la dimostra nella debolezza di Visellio cedente agl' intrighi di una donna (3), e Teofilo indica eziandio che il consentimento dovea esser formolato in alcune speciali parole pronunziate dalle parti, ed iscritte sul registro (4). Ma a dif-

(1) Cic. *In Verrem act. 2. lib. 1.* § *156*: « *Nomen infimum in flagitiosa litera fecit.* » — *De officiis, lib. 5,* § *4*: « *Nomina facit.* » — Seneca *De beneficiis lib. 2,* § *23*: « *Nomina secum fieri*; » — *lib. 5.* § *15*: « *Per tabulas plurium* nomina, *interpositis parariis*, facit. » — *D. 2, 14.* De pactis *9, fr. Paul.*: « Nomina facta sunt. » — *55, 1.* De ann. lega. *1, frag. Pomp.* « nomine facto. » Le frasi *scribere nomen*, *scribere numos* si trovano come attestato degli usi sociali fin ne' poeti. Così nelle antiche commedie di Plauto nella metà del sesto secolo di Roma. « *Nunc satagit; adduxit domum etiam ultro, et scribit numos* » (Plauto, *Asinaria*) (*act. 2*, scena 4. verso 34). E nelle epistole di Orazio. « *Scriptos nominibus certis expendere numos.* » Orazio *Epist. lib. 2. epist. 1. vers. 105.* — « *Scribe decem a Nerio* ». (Orazio *Sermon. lib. 2. satyr. 3, v. 69*). — Ecco un passo di Plinio che non manca d'importanza perchè pare assai chiaramente indicare che nel *codex accepti et expensi* vi era una specie di scrittura doppia, una pagina per l'*acceptum*, ed un'altra per l'*expensum*. L'autore parla della fortuna invocata, chiamata, accusata, lodata, adorata in tutti i luoghi ed in tutte le ore: « *Huic omnia expensa, huic omnia feruntur accepta: et in tota ratione* (il libro de' conti) *mortalium sola* utramque paginam facit. » (Plinio Stor. Natur. lib. 2. c. 7).

(2) Noi troviamo la dizione stessa di *expensilatio* in questo passo d'Aulo Gellio, nel quale racconta un affare in cui egli era giudice: « *Petebatur apud me pecunia quae dicebatur data numerataque; sed qui petebat neque* tabulis, *neque testibus id factum docebat, et argumentis admodum exilibus nitebatur...* (questo attore era un uomo onesto d'eccellente riputazione; all'incontro il suo avversario un uomo di cattiva fama). *Is tamen cum suis multis patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione.* (Il giudice impacciato consulta un filosofo il quale lo consiglia che nel dubbio abbia riguardo alla moralità delle parti. — Aulo Gellio *Notti att.* lib. 14. c. 2). Si avverta che nella specie la lite cadeva sopra un mutuo, che l'attore pretendeva aver effettivamente avuto luogo; e per conseguenza sopra un'obbligazione formata *re*; e che la quistione che il giudice doveva decidere era non già se v'era stato un contratto *verbis* o *litteris*, ma se si era veramente effettuato un prestito, la quale cosa ammetteva ogni maniera di pruove.

(3) Cicerone *Pro Q. Roscio comoedo* Orat. 3. § 1. » *Cur potius illius, quam hujus credetur? Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri* jussisset ». — Valerio Massimo (sotto Tiberio): *De dictis factisque memorabilibus*, lib. 8. c. 2. « *C. Visellius* Vavo gravi morbo *correptus trecenta millia nummum ab Oracilia Laterensi, cum qua commercium libidinis habuerat*, expensa sibi ferri passus est... *quos ut fronte inverecunda, ita inani stipulatione captaveret* ».

(4) Teofilo nella sua parafrasi delle Instituzioni sotto questo paragrafo: « *Habebat autem apud veteres litterarum obligatio talem quamdam definitionem; litterarum obligatio est veteris nominis in novum creditum per solemnia verba et solemnes*

ferenza del contratto per parole (*verbis*) il contratto per iscrittura (*litteris*) può aver luogo tra assenti. Il che è detto positivamente da Gaio: « *Sed absenti expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit* (1) ». Questo senza dubbio ci prova che le indicazioni date da Teofilo non debbono esser prese alla lettera, e che non era giuridicamente richiesta alcuna solenne pronunziazione di parole. In fatti il creditore è quegli che dietro l' ordine o il consentimento del debitore iscrive il *nomen*, l'*expensilatio*, sulle *tabulae* o *codex accepti et expensi*; e noi sappiamo da Cicerone ch'egli poteva far ciò quando ne aveva l' agio, o la volontà senza assistenza nè dell'altra parte, nè di testimoni; perciocchè poteva avvenire che da prima egli ne prendesse notamento soltanto sul suo quaderno mensuale (*adversaria*), il che non formava per anco l'obbligazione, e che più tardi ne facesse l'iscrizione sul *codex*, quando faceva regolarmente ogni mese lo spoglio, e la trascrizione delle sue note (2). Ma quì si presenta la più dilicata quistione di questa materia. Nel contratto per parole sono indispensabili le parole dall'una parte, e dall'altra: parla lo stipulante, parla il promettente, parimente nel contratto per iscrittura non è la scrittura indispensabile dall'una parte, e dell' altra? non si richiede per la solennità ed esistenza medesima del contratto che il creditore scriva sul suo registro *expensum ferri)*, ed il debitore scriva sul suo (*acceptum referre*)? La sola analogia pare che sia un gravissimo argomento per decider così: ciò si potrebbe dedurre egualmente da quel paragrafo di Gaio, il quale paragonando precisamente l'obbligazione *verbis* con l'obbligazione *litteris*, pare che richiegga per l' esistenza sì dell' una e sì dell'altra obbligazione la necessità di due atti reciproci delle parti: *Quum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius* (*riferendo*) *obligetur* (3).

Quel ch'è certo è, ch'era dovere del debitore d'iscrivere sul suo registro come ricevuta (*accèpta relata*) la somma che egli avea permesso al creditore di scrivere sul suo come pesata e data (*expensa lata*): la denominazione del registro *codex accepti et expensi* n'è indizio sufficiente; e secondo Cicerone non scriversi dall' uno l *acceptum* o scriversi falsamente dall' altro l' *expensum* son due atti di malvagità egualmente disonorevole: « *Nam quemadmodum turpe est scribere quod non debeatur; sic improbum est non referre quod debeas* (4) » In fine la necessità ben riconosciuta, in caso di contestazione tra le parti, di presentarsi da ciascuno il proprio registro, e di confrontarli porge un altro argomento (5); ma il più concludente nella quistione è questo: nel contratto *verbis* ciascuno dee parlare; dunque nel contratto *litteris* ciascuno dee scrivere. Nondimeno io credo poter con convenzione determinarmi per la negativa. Secondo il mio avviso senza dubbio l' iscrizione del *nomen* sul registro del debitore, regolarmente debbe aver luogo, ma non è una condizione essenziale, e sacramentale per l'esistenza dell'obbligazione. Altrimenti il giudizio civile si limiterebbe alla confrontazione de' due registri, e mancando l'iscri-

litteras transformatio. Nam si cum quis mihi centum aureos deberet ex emptione, aut locatione, aut mutuo, aut stipulatione (multis enim modis aliquid nobis deberi potest), *voluissem hunc mihi obligatum esse litterarum obligatione: necesse erat verba haec dicere et scribere ad eum, quem litterarum obligatione obligatum habere volebam. Sunt autem haec verba quae dicebantur et scribebantur*: Centum aureos quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tuli. *Deinde adscribebantur et ab eo qui jam ex locatione obligatus esset, haec verba*: Expensos mihi tulisti. *Et prior obligatio extinguebatur: novaque litterarum nascebatur. Quae ex eo nomen habet quod in litteris consistit* » (traduzione di Frabot). Siffatta è la nozione che ci dà Teofilo del contratto litteris; malgrado alcune false induzioni alle quali essa può dar luogo, e cosa utilissima ravvicinarla a quella di Gaio.

(1) *Gai. Com.* 3, § *138*.

(2) Cic. *Pro Q. Roscio comoedo*, argomentando contro l'esistenza o la sincerità d'un *nomen* da che la menzione n'è rimasta dimenticata (*jacet*) da tre anni nelle note mensuali (*in adversariis*): Orat. 3. § 3: « *Quam pridem hoc nomen, Fanni, in adversaria retulisti?...sunt duo menses jam dices. Tamen in codicem acceptum et expensum referri debuit. Amplius sunt sex menses. Cur tamdiu jacet hoc nomen in adversariis? Quid si tandem amplius triennio est? quomodo quum omnes qui tabulas conficiant, menstruas pene rationes in tabulas transferant, tu hoc nomen triennium amplius in adversariis jacere pateris? Utrum caetera nomina in codicem accepti expensi digesta habes an non? Si non, quomodo tabulas conficis? Si etiam, quamobrem cum caetera nomina in ordinem referebas, hoc nomen triennio amplius, quod erat in primis magnum, in adversariis relinquebas?* »

(3) *Gai. Com.* 3, § *157*. La parola *referendo* vi si è aggiunta per congettura, perchè quella che portava il testo era illegibile.

(4) Cic. *Pro Q. Roscio comoedo*. Orat. 3, § *1*.

(5) Si può vedere ancora un vestigio di questa obbligazione di produrre i registri, nel Digesto di Giustiniano in tutto il titolo *de edendo* lib. 2, tit. 13.

zione su quello del debitore tutto sarebbe finito: in difetto di questa iscrizione l'obbligazione non sarebbe mai nata più che non nascerebbe in una stipulazione per difetto di risposta: non vi sarebbe più luogo a contendere su questo punto. Or noi vediamo che non era così. La ragione è che in realtà due fatti solamente costituivano l'essenza dell'obbligazione *litteris* cioè l'iscrizione della somma con la formola consacrata come *expensa lata*, ed inoltre il consentimento, ovvero ordine del debitore per questa tale iscrizione. Quegli che si pretendeva creditore *litteris* avea a provare questi due fatti. Il primo materialmente con la produzione delle sue *tabulae* contenenti l'iscrizione; il secondo con tutt'i mezzi possibili tendenti a stabilire che l'iscrizione s'era fatta di consenso o per ordine del debitore; non altramente che nella stipulazione si lascia a suo carico il provare ch'egli ha interrogato, e che l'altra parte ha risposto (1) Arrecare in mezzo il solo suo registro in testimonianza sarebbe stata impudenza, dice Cicerone, arrecare le sole sue note mensuali sarebbe demenza, perchè in questo caso la solennità essenziale della iscrizione non era ancora adempiuta (2). Il mezzo di pruova regolare ed ordinario era la conformità de' due registri, mezzo tutto proprio dell'indole di questa maniera di contratto, la cui utilità dovea esser d'evitare la necessità d'ogni altra pruova. Ecco perchè il non eseguire l'iscrizione sul suo registro era da parte del debitore un atto d'improbità. Ma se non vi ha conformità tra i due registri a quale de' due si dovrà aggiustar fede? Perchè, dice Cicerone, debbo prestar fede piuttosto a questo che a quello (3)? Allora vi è dubbio: è mestieri di verificare se l'iscrizione che si trova sul *Codex* del preteso creditore è stata fatta col consentimento del preteso debitore, o senza. Ma in definitivo, e questa osservazione che ci porge Cicerone è decisiva, saran condannate le tavole infedeli: quelle del debitore, s'egli non ha iscritto sul suo registro il *nomen* che ha permesso al creditore d'iscrivere sul suo, e quelle del preteso creditore, se ha falsamente iscritto un *nomen* senza ordine o consenso di colui al quale lo attribuisce (4). Il che importa che il difetto d'iscrizione sul registro del debitore non impedisce che l'obbligazione esista, e che l'iscrizione senza ordine del debitore sul registro del preteso creditore non la fa nascere (5).

Dopo aver discorso di tutto ciò che riguarda la forma del contratto *litteris* giungiamo a quel che ne costituisce il fondo, e a' suoi effetti. L'espensilazione è rimasta più che la stipulazione nella stretta via della loro comune origine, nelle regole precise del *mutuum*, di quel *mutuum* primitivo, nel quale il metallo era pesato *per aes et libram*, e del quale essa non è che una supposizione sacramentale. Così mentre la stipulazione come vestigio delle pa-

(1) Cic. *Pro Q. Roscio comoedo orat.* 5, § 5. «*Stipulatus es? ubi? quo die? quo tempore? quo praesente? quis spopondisse me dicit? Nemo*» — A che fine se non per provare questo consentimento del debitore nell'espensilazione, si facevano talvolta intervenire que' testimoni, quegli agenti intermedi (*pararii*) di cui ci parla Seneca, allorchè, deplorando il poco credito dato alla buona fede, e le precauzioni, di cui essa si circonda negli affari, dice: « *Cogere fidem, quam spectare malunt. Adhibentur ab utraque parte testes. Ille* per tabulas *plurium* nomina, interpositis pararii facit; *ille non est interrogatione contentus, nisi rem manu sua tenuit?* » (*Seneca* De benef. *lib.* 3, § 15). — Ed altrove parlando di quelli che non voglion ricevere se non in segreto senza dar delle sicurtà: « *Quidam nolunt* nomina secum fieri; nec interponi pararios, *nec signatores advocari, nec chirographum dare* » (ivi lib. 2. § 23).

(2) Cic. *Pro Q. Roscio comoedo orat.* 3, § 2. — « *Suum codicem testis loco recitare arrogantiae est: suarum perscriptionum et liturarum adversaria proferre non amentia est?* »

(3) Cic. ivi § 1: « *Expecto, quam mox Cherea hac ratione utatur: Egone hanc manum, plenam perfidiae et hos digitos meos impellere potui, ut falsum perscriberent nomen? Quod si ille suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius: erit in illius hoc nomen; at in hujus non erit. Cur potius illius tabulis, quam hujus credetur? Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri jussisset?* »

(4) Cic. ivi § 1: « *Æque enim tabulae condemnantur: ejus qui verum non retulit, et ejus, qui falsum perscripsit* ».

(5) Questo è confermato eziandio da un passo di un'orazione di Cicerone contro Verre, che rimprovera a Verre le sue infedeltà verso il suo pupillo, ove si vede che i giudici hanno a valutare le parole soprapposte o rase (*liturae*) che si trovano ne' *nomina* tanto attivi che passivi, e che possono stabirne la falsità. « *Deinde in codicis extrema cera nomen infimum in flagitiosa litura fecit: expensa Chrysogono Servo H. S. sexcenta millia accepta pupillo Malleoli retulit. Quomodo ex dxeies H. S. sexcenta sint facta; quomodo D. C. eodem modo quadrarint ut illa de Cn. Carbonis pecunia, reliqua H. S. sexcenta facta sint; quomodo Chrysogono expensa lata sint; cur id nomen infimum in lituraque sit, vos existimbitis. Tamen H. S. sexcenta millia quum accepta retulisset, H. S. quinque millia soluta non sunt* ». (*Cic.* In Verrem *actio* 2, *l.* 1. § 36).

role che formavano la legge d'una mancipazione, si estese ad ogni sorta di obbligazioni, l'espensilazione rimase ristretta alle obbligazioni di quantità certe, di somme di danaro (*pecunia certa*), e non potè avere altro oggetto diverso. Mentre la stipulazione si poteva modificare per varie condizioni, l'espensilazione rimase incapace d'esser fatta sotto condizione, giacchè essa è la supposizione con la quale si tiene come pesato il metallo, e come eseguito il *mutuum*. E questo noi troviamo ne' frammenti del Vaticano: « *Sub conditione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur, aut acceptum, vel expensum fertur* (1) ». Infine sotto l'aspetto della causa la quale può cagionare, e giustificare l'espensilazione vi ha un carioso ed istruttivo paragone a fare con ciò che a questo soggetto abbiam già detto della stipulazione (qui sopra pag. 131). Regolarmente la promessa nel contratto verbale interviene in seguito di qualche fatto preesistente, che ne è l'occasione, di qualche obbligazione precedente da adempirsi, o di una intenzione di liberalità; il medesimo è dell' espensilazione.

Io vi permetto di addebitarmi nel vostro registro la tal somma come *expensa*, perchè forse vi debbo per effetto di una vendita, d'un affitto, d'un prestito, d' un danno arrecato, o di qualunque altra ragione, ovvero perchè voglia farvi una liberalità. Questa nuova obbligazione contratta *litteris* opera novazione dell'antica? Sì certamente, se esisteva un'obbligazione anteriore, alla quale si è soddisfatto in questa maniera, quell'obbligazione si trova estinta, e sostituita dall' obbligazione precisa di somma certa (*certae pecuniae*) risultante dall' espensilazione. Ma qui si dee applicar senza dubbio ciò che abbiam veduto Ulpiano e Pomponio aver detto della stipulazione: se il contratto *litteris* interviene immediatamente dopo un mutuo, i due atti non fanno che uno, ed allora non vi ha novazione (2). Del pari quando l' espensilazione è consentita per pura liberalità (3). Fin qui il contratto *litteris* non differisce dal contratto verbale. Ma la stipulazione può intervenire eziandio per una causa futura, per un' obbligazione avvenire che lo stipulante ha contratta, o contrarrà da sua parte. Era il medesimo per l' espensilazione? Tutto c'induce a credere che non era tale la sua destinazione; appunto per la medesima ragione che l'impediva di potersi fare condizionalmente: cioè perchè essa era la supposizione di un peso di metallo, e di un mutuo che si teneva per eseguito, e perchè per quanto appartiene ad essa si era rimasto strettamente in questa idea. Ma finalmete se il contratto *litteris* ha avuto luogo regolarmente quanto alla forma, ed al consentimento, ma senza causa che lo giustifichi, o per una cosa falsa, quale ne sarà la conseguenza? La stessa che per la stipulazione. Le parole sono state pronunziate in un caso, la scrittura consacrata ha avuto luogo nell'altra: per quale occasione? Il diritto stretto non se ne briga, per esso le parole, e la scrittura prescritte son la *causa* che lega le parti; l' obbligazione civile adunque esiste. Tuttavia la giurisprudenza ed il diritto pretorio verranno quì, come nel caso della stipulazione per via dell'eccezione di dolo a rimediare all'ingiustizia di siffatto rigore civile. Così Cicerone dopo aver narrato l'artifizio col quale Pizio banchiere di Siracusa fa comprare i suoi giardini al cavaliere romano Canio; dopo aver mostrato il compratore adescato che consente a qualsivoglia prezzo, e si lega con obbligazioni letterali (*nomina facit*), il che trasforma il legame della vendita la quale era di diritto delle genti e di buona fede in un legame di stretto diritto civile, si duole che a quel tempo il suo collega Aquilio non aveva ancor pubblicato le formole contro il dolo (4). Per finir questo confronto tra l'espensilazione, e la stipulazione non rimane più a dire che dell'azio-

(1) *Vatic. Jur. R. Fragm.* § 329. — *Confr. D. 50, 17, De reg. jur. 77. fr. Pap.*

(2) V. qui sopra p. 131 nota 1, e D. 46, 2, *De novat. 6*, § 1, *f. Ulp; 7. f. Pomp.* — *45, 1*, De verb. oblig. *126.* § 2, *f. Paul.*: « *Quoties pecuniam mutuam dantes eam stipulamur, non duae obligationes nascuntur sed una verborum* ».

(3) Come nell'esempio dato da Valerio Massimo qui sopra p. 145 nota 3.

(4) *Cic.* De officiis, *l. 3*, § *14.* — « *Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos*, nomina facit, *negotium conficit... nondum enim Aquilius collega et familiaris meus protulerat de dolo formulas.* » Si può vedere ancora nelle lettere di Cicerone ad Attico i *nomina* fatti per effetto di quella vergognosa, ed incredibile convenzione di broglio letta in pieno senato, per la quale due competitori al consolato promettevano 400,000 sesterzi ai consoli che uscivano, per giugnere a surrogarli per via di atti supposti, e di attestati menzogneri: « *Haec pactio non verbis, sed* nominibus, *et prescriptionibus multorum tabulis cum esse facta diceretur, prolata a Memmio est*, nominibus inductis, *auctore Pompejo* ». (Cic. ad Att. l. 4, e p. 18).

ne; questa ne'due casi è la *condictio*, la medesima che si dà pel mutuo; con questa osservazione però che qui restando l'espensilazione più fedele che la stipulazione all'idea primitiva, continuando sempre a non esser altro che la supposizione d'un mutuo tenuto dereseguito, e non potendo per conseguenza applicarsi ad altro, che a certe quantità (*certa pecunia*), non può, del pari che il mutuo, dar luogo ad altro che ad una *condictio certi* (1).

Ora il paragone è compiuto, ed il legame successivo che rannoda queste tre notabili istituzioni ce ne rivela la natura. Noi vediamo come il *nexum*, il peso del metallo *per aes et libram* (più tardi il semplice *mutuum*) genera pel passaggio dalla solennità materiale alle parole, e quindi alla scrittura da prima la stipulazione (*pecunia stipu-lata* da una parte, — *sponsa* dall'altra); e dipoi l'espensilazione (*pecunia expensa-lata* da una parte, *accepta-relata* dall'altra); e come quest'ultima rimane più strettamente rinchiusa nelle condizioni della sua prima origine, mentre la stipulazione più largamente si estende. Da ciò comprendiamo quella frase di Cicerone: che quando si tratta d'una somma certa (*certa pecunia*) domandata in forza d'un contratto per un'azione di diritto stretto è assolutamente necessario che questa somma sia stata o *data*, o *stipulata*, o *expensa lata*, cioè che vi sia stato contratto civile o *re*, o *verbis*, o *litteris* (2).

Del pari comprendiamo i particolari che ci offre Gaio allorchè dice che il contratto *litteris* tal quale esiste ancora in quell'epoca in cui ha la speciale denominazione di *nomen transcriptitium* ha luogo in due maniere: o *a re in personam*, allorchè ciò che tu mi devi a cagione di compra, di affitto, di società, o per qualunque altro precedente motivo, io per tuo ordine lo riporto sul mio registro a tuo debito come *expensum*; per modo che la prima obbligazione si trovi estinta, e surrogata dalla nuova formata *litteris*: o *a persona in personam*, allorchè ciò che Tizio mi deve io lo riporto per tuo ordine a tuo debito sul mio registro come *expensum*, avendomi Tizio delegato te come debitore in sua vece; per maniera che l'obbligazione di Tizio sia estinta, e sostituita da quella che tu hai contratto *litteris*. Queste nozioni che già sommariamente ci porgeva il compendio di Gaio nel *Breviario d'Alarico*, e la parafrasi di Teofilo non sono che un'applicazione de' principii qui sopra esposti intorno alla causa che può produrre, e giustificare l'obbligazione *litteris*; ed esse pei sopradetti principii si rendono compiutamente chiare e manifeste (3).

La denominazione di *nomen transcriptitium* data in quest'epoca a queste sorte di crediti vien senza dubbio da che la solenne menzione dal quaderno mensuale (*adversaria*) vien trascritta sul registro domestico (*codex*) Altri veggono l'origine di cotal denominazione nella novazione che questa spezie di credito quasi sempre opera, secondo le medesime frasi di Gaio: « *a re in personam transcriptio fit*, a persona *in personam transcriptio fit* ».

Intanto l'uso delle tavole domestiche venne in dissuetudine. Mentre Cicerone riguarda come cosa nuova ed inaudita pel suo tempo che un cittadino abbia trascurato di tenerli noi non troviamo che ne sia fatta egualmente menzione in ciò che ci dice Gaio *de nomina transcriptitia*, ai tempi di Antonino il Pio e di Marco Aurelio.

Non si volle più secondo Asconio o il falso Asconio, affidare ad un registro tutti gli atti della vita, e farsi condannare per

---

(1) D. 12. 1. *De reb. cred. 9, f. Ulp:* « *Certi condictio competit ex omni obligatione ex qua certum petitur.* » — Precisamente per occasione de' *nomina* Cicerone fa questa comparazione tanto nota tra il *judex* e l'*arbiter*, tra l'azione di diritto stretto (*cum certum petimus*), e l'azione di buona fede. Cic. *Pro Q. Roscio comoedo* orat. 3. § 4.

(2) *Cic. Pro Q. Roscio comoedo, orat. 3. § 4:* « *Annumerasse sese negat* (questo è il *mutuum*), *expensum tulisse non dicit, cum tabulas non recitat. Reliquum est, ut stipulatum se esse dicat: praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit non reperio.* — E nel § 5, con più precisione ancora: « *Pecunia petita est certa. . . Haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata, aut stipulata sit. Datam non esse Fannius confitetur: expensam latam non esse codices Fannii confirmant: stipulatam non esse taciturnitas testium concedit.* »

(3) *Gai. Com. 3. § 128:* « *Litteris obligatio fit veluti* in nominibus transcriptitiis. *Fit autem* nomen transcriptitium *duplici modo: vel a re in personam, vel a persona in personam.* — § *129*, (a re in personam tran) *scriptio fit, veluti si id quod* (modo) *ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero.* — § *130.* A persona in personam *transcriptio fit veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, idest si Titius te delegaverit mihi* ».—Noi già leggevamo nell'*Epitome* di Gaio secondo il *Breviario d'Alarico*: « *Litteris obligatio fieri dicitur aut a re in personam, aut a persona in personam* » (lib. 2. tit. 9. § 12).—Quanto alla parafrasi di Teofilo sotto il nostro titolo ved. qui sop. p. 145 nota 4.

l'attestazione delle proprie scritture (1). E si potrebbe arrivare fino a dedurre dal silenzio di Gaio sul *codex*, che già a quest' epoca i *nomina trascriptitia* potevano farsi per mezzo di scritti separati. Ma questa non sarebbe che una congettura mal fondata: si concepisce molto bene che l'uso delle tavole domestiche, come le teneano gli antichi, vale a dire con la esibizione di tutti atti relativi al patrimonio, avea perduto il carattere e la generalità che noi troviamo in quest'uso ai tempi della repubblica, tuttavia esso avea potuto continuare più lungamente restringendosi comunemente all'iscrizione de'*nomina transcriptitia*, ed esistere ancora all'epoca di Gaio, siccome d'altronde formalmente l'attesta la testimonianza di Aulo Gellio, contemporaneo del nostro giureconsulto (di sopra pag. 144 nota 4). Anche più tardi troviamo l'indicazione dell' obbligazione *litteris* nel codice di Teodosio, in una costituzione di Arcadio, d Onorio, e di Teodosio (2); ma quivi non si applica più ai *nomina trascriptitia*. Gli *argentarii* (o *mensularii*, *nummarii*), cioè i banchieri furono gli ultimi a conservar l' uso, di più in più alterato, di cotali *nomina* (3); e per causa di costoro se ne trova qualche vestigio ancora nel Digesto di Giustiniano (4). Ma in realtà sotto questo imperadore l'istituzione da gran tempo non era più in uso: *Quae nomina hodie non sunt in usu*», dice il nostro testo.

De' *Chirographa*, delle *Syngraphae*, e delle *Cautiones*.

L'espensilazione non altramente che la stipulazione era a principio una forma eminentemente civile di obbligarsi, e per conseguente riservata a'soli cittadini romani. Tuttavia le relazioni, co' *peregrini* cominciate, e venutesi sempre più allargando modificarono sopra questo punto le idee. Noi abbiam veduto come, mediante un cambiamento di formola, l' obbligazione *verbis* era stata estesa agli stranieri (quì sop. tit. XV. princ.); fu egli fatto il somigliante per l'obbligazione *litteris* ? Il manoscritto di Gaio ci rivela a questo proposito un notevole dissentimento infra i Sabiniani, ed i Proculeani. Questi secondo l' avviso di Nerva si attenevano al diritto civile, e dichiaravano il *nomen transcriptitium* inapplicabile in qualunque caso alle obbligazioni degli stranieri. Sabino, e Cassio per contrario aveano avviso che si potesse adoperare a loro riguardo quando si trattava semplicemente di trasferire la loro obbligazione da una causa precedente in un' obbligazione letterale (*a re in personam*), ma non già da una persona ad un' altra (*a persona in personam*) (5).

Ma ben innanzi che sorgessero queste due scuole, al tempo che l' obbligazione *litteris* prodotta dall' espensilazione sui registri domestici era ancora esclusiva-

(1) Asconio *in Verrem*, act. 2. lib. 1. § 23. «*Sed postquam obsignandis litteris reorum ex suis quisque tabulis damnari coepit tota haec vetus consuetudo cessavit*». Ved. qui sop. p. 143 nota 1.

(2) Cod. Theod. 2, 4. *De denuntiatione vel editione rescripti*, 6, const. *Arcad. Honor. et Theod.* « *Si quis debiti, quod vel ex foenore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est* ». Si vede che qui non si parla più di *pecunia expensa lata*, nè di *codex accepti et expensi*, ma semplicemente d' una scrittura (*cautio*). Questa è senza dubbio il *chirographum*, o le *syngraphae* di cui parleremo fra poco.

(3) L'uso degli *argentarii* stabiliti ordinariamente nel *forum*, delle loro relazioni d' affari coi cittadini, del loro libro di conto e delle iscrizioni che vi son fatte in credito o in debito rimonta a' tempi molto remoti nella vita sociale de'Romani, giacchè noi li troviamo già nelle commedie di Plauto, il quale descrive il loro banco (*mensa*) circondato di cortigiani e dissipatori:

« *Quos quidem quam ad rem dicam in argentariis*
« *Referre habere, nisi pro tabulis, nescio,*
« *Ubi aera perscribantur usuraria*
« *Adcipiat illico expensa, neque censeat* ».
(Plauto, *Truculentus*, act. 1. scena 5. v. 51).

La traduzione di questi quattro versi pe'letterati è curiosa.

E più tardi in quella di Terenzio:

Dem. « *Sed transi, sodes, ad forum, atque illud (mihi*
« *Argentum rursum jube rescribi, Phormio.*
Phorm. « *Quod ne ego prescripsi porro illis quibus (debui?*
(Terenzio, *Phormio*, att. 5. scena 8. v. 89.

(4) *D. 2, 14*, De pactis *9, fr. Paul.* «*Plures sunt rei stipulandi, vel plures argentarii, quorum* nomina *simul* facta sunt » — Ivi nel framm. 47, § 1. Scaev. a proposito d' un *mensularius*: « *ratio, accepti, atque expensi* »; — *4, 8. De receptis qui arbitrium receperunt.* 34. fr. Paul. « *Idem in duobus argentariis, quorum* nomina *simul sunt* ». V. anche il titolo *De edendo* (2. 13.) in quanto si appartiene alle *tabulae, codex*, o *rationes* degli *argentarii*. Ecco anche un frammento di Pomponio nel quale allato alla stipulazione si è lasciata la menzione degli antichi *nomina* benchè non fossero più in uso. D. 33, 1. *De ann.* leg. 1. fr. Pom. « *Cum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur, quocumque loco petatur, dari debet: sicut ex stipulatu, aut* nomine facto *petatur* ».

(5) *Gai Com. 3.* § *135.*

mente, e severamente riserbata a' soli cittadini, erasi ammessa per gli stranieri un'altra forma d' obbligazione per iscritto: i *chirographa*, e la *syngraphae* (1). Tra il *chirographum* e le *syngraphae* Asconio o il falso Asconio pone questa differenza, che la prima denominazione si applicava alla scrittura derivata solamente dalla mano della persona obbligata, e la seconda alle scritture segnate dalle diverse parti, e rilasciate in più originali a ciascuna di loro (2). Ma qual dovea essere la forma, ed il contenuto di cosiffatte scritture? Noi non ne abbiamo esatta notizia. Gaio pare che indichi una sola cosa come necessaria: cioè la dichiarazione scritta di colui che si vuole obbligare, che egli deve tanto, o che darà tanto: « *Si quis debere se, aut daturum se scribat* (3) ».

Del rimanente noi possiam vedere in Plauto, comunque sotto la forma piacevole della satira comica un modello di *singraphae* una con le leggi (*leges*) che vi sono imposte alle parti (4); ed eziandio nel Digesto di Giustiniano ne' frammenti di Scevola e Modestino troviamo come in vestigio due esempi di *chirographa* (5). Il carattere di queste scritture, anche a' dì nostri, e dopo le indicazioni dateci da Gaio è tuttora controverso. Costituivano esse per se medesime una forma particolare di obbligazione? o erano semplici istrumenti, e mezzi di pruova del fatto obbligatorio? Quest' ultima opinione è assai comunemente ricevuta presso gli scrittori alemanni; in quanto a me l'altra mi pare più fondata. Per verità per questa specie di scrittura Gaio non si esprime come pei *nomina transcriptitia*; egli non dice: « *litterarum obbligatio fit* »; ma dice solamente « *fieri videtur* ». Questo però viene da ciò che qui infatti non è la vera obbligazione *litteris* del puro diritto civile dei romani, ma solamente una spezie d' obbligazione ammessa per assimilazione per le relazioni con gli stranieri. E si noti che Gaio dopo avere sì accuratamente e formalmente spiegato che gli *arcaria nomina* non formano obbligazione, ma ne forniscono soltanto la pruova, parla poi dei *chirographa* e delle *syngraphae* come d'un modo di obbligazione. Aggiungete che quella restrizione che vi appone « *Ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat* » è ben significativa. « Purchè non vi sia stata stipulazione »; dunque le *singraphae* ed i *chirographa* non son semplici atti probatori, altrimenti servirebbero a provare così la stipulazione come qualunque altro contratto. Ma essi son per se stessi dei modi di contrarre obbligazioni; e così, benchè niuna stipulazione non sia intervenuta, e per conseguente non vi sia obbligazione verbale, si rimane obbligato per siffatta scrittura. Le *syngraphae* hanno un' apparenza più antica che i *chirographa*. In fatti di esse troviam fatta menzione presso gli antichi autori: in Plauto al tempo della seconda guerra Punica (6); un secolo più tardi in Cicerone che sempre ne parla per occasione delle relazioni di affari tra i cittadini, e gli abitanti delle province (7). Il loro carattere obbligatorio evidentemente si manifesta in quell'inter-

---

(1) *Chirographum*, o *Chirographus* di tutti e due i generi. *Syngrapha*, *Syngraphus* di tutti e due i generi al singolare ma al plurale *syngraphae*.

(2) Asconio *Ad Cic. in Verr.* act. 2, lib. 1. § 37. « *Chirographa ab una parte servari solent; syngraphae signatae utriusque manu utrique parti servandae traduntur* ». (Ved. Esposiz. Generale del dr. rom. n. 60.

(3) Gai Com. 3. § 134. « *Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat; quod genus obligationis proprium peregrinorum est* ».

(4) Plauto: *Asinaria* att. 4. scena 1. verso 1. e seg.

Diabolus. « *Age dum, istum ostende, quem conscripsisti syngraphum.*

E dopo che il parassito ha letto il suo grazioso proetto:

« ... « *Pulchre scripsisti! scitum syngraphum!*
« *Placent profecto leges* ».

(5) Il primo esempio tratto da Scevola è una lettera (*epistola*) d' un banchiere che il giureconsulto espressamente qualifica per *chirographum D. 2, 14. De pactis. 47. § 1. fr. Scaev*, — Il secondo è nel Dig. 22, 1. *De usuris 41, § 2, fr. Modest.* « *Ab Aulo Agerio Gaius Sejus mutuam quamdam quantitatem accepit hoc chirographo: ille scripsit me accepisse et accepi ab illo mutuos et numeratos decem: quos ei reddam kalendis illis proximis, cum suis usuris placitis inter nos. Quaero an ex eo instrumento usurae peti possunt, et quae? Modestinus respondit; si non apparet de quibus usuris conventio facta sit, peti eas non posse* ». Non è inutile pel nostro soggetto il far notare, che la decisione sarebbe la medesima pel caso di stipulazione. *Ivi 31, fr. Ulp.*

(6) Ved. la nota 4 di questa pagina — Le commedie di Plauto rimontano agli anni 548 e seg. di Roma (210, e seg. av. G. C.).

(7) *Cicer. De legibus l. 3, § 8*, a proposito di coloro che si fan destinare nelle provincie per farvi i loro negozi, e non il bene della repubblica: « *Iam illud apertum profecto est nihil esse turpius quam quemquam legari nisi Reip. causa. Omitto quemadmodum isti se gerant atque gesserint, qui legationes, hereditates aut syngraphas suas persequuntur* ». Ed altrove: « *Malleolus in provinciam sic copiose profectus erat, ut domi prorsus nihil relinqueret: praeterea pecunias occuparat apud*

pellazione dell'oratore che dipinge l'incertezza delle elezioni, le agitazioni, e le tempeste popolari de' comizî: « *Pergitisne vos tamquam ex singrapha agere cum populo, ut quem locum semel honoris cuipiam dederit, eumdem reliquis honoribus debeat*(1)» Ma se le *syngraphae* sembrano esser più antiche che i *chirographa*, sono eziandio le prime a sparire. Io non trovo più il lor nome nel corpo di diritto di Giustiniano, mentrechè quello di *chirographa* vi s'incontra di frequente. Infatti il *chirographum* si rannoda a' tempi più recenti, esso viene a modificarvi la sua natura, a trasformarvisi, ed a fondersi con quel che nel diritto di Giustiniano avanza delle obbligazioni *litteris*. Questa trasformazione è veramente il punto più oscuro, e meno intelligibile di tal materia. Noi avremo a spiegarla. Ma teniam per fermo che al tempo di Gaio, secondo la testimonianza del medesimo giureconsulto i *chirographa* e le *singraphae* operavano in un modo precisamente analogo alla stipulazione, ed alla espensilazione: essi non accertavano un' obbligazione preesistente, come sarebbe un obbligazione provegnente da una vendita, da un delitto, o da altra qualsiasi cagione, affinchè se ne potesse provare l'esistenza, ed esercitare le azioni che vi si riferivano; ma per contrario estinguevano questa prima obbligazione, ne operavano la novazione, e la surrogavano con l'obbligazione *litteris*. Questa era l'obbligazione letterale di cui erano capaci gli stranieri.

Qui è mestieri accuratamente distinguese da queste scritture tutte quelle altre che eran semplici istrumenti probatorî, sotto le diverse qualificazioni di *istrumentum*, *scriptura*, *libellus*, *charta*, *chartula*, di tutte le quali scritture Gaio ha detto: « *Fiunt, ut quod actum est per eas facilius probari possit* (2) »; e Costantino: « *Eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium* (3) ». Or siccome questa spezie di scritture erano una sicurezza che le parti interessate si procuravano per poter fare la pruova de' fatti, vi si possono ben applicare, e frequentemente vi si applicano le parole del diritto romano *cavere*, *cautio*. In fatti noi troviamo adoperate da' giureconsulti queste tali dizioni, per dinotare la scrittura probatoria, in materia di diversi contratti: per esempio di deposito, di vendita, di stipulazione, di fidejussione, e spesso eziandio di quietanze destinate a comprovare il pagamento (4). Ma più spezialmente *cautio* dinota la promessa scritta di pagare una determinata somma di danaro (*certa pecunia*), e per lo più come conseguenza d' un mutuo già fatto, o da farsi. In questo senso la parola generale *cautio* vien ristretta ad una significazione particolare, e si avvicina tanto a quella di *chirographum*, che ne pare un sinonimo. Nel linguaggio de' giureconsulti romani le due parole già qualche volta si riunivano (5). Una costituzione imperiale di Alessandro Severo chiama la *cautio* obbligazione (6). Ed infine al tempo d'Arcadio, di Onorio e di Teodosio ci vien presentata da questi principi come il mezzo di formare l'obbligazione *litterarum* (7). Il co-

---

populos et syngraphas fecerat » (*in Verr. act. 2. l. 1. § 16*). In fatti questa è l' obbligazione *litteris* degli stranieri « *Quod genus obligationis proprium peregrinorum est* » dice Gaio. Ma egli è manifesto che i cittadini romani vi figurano. — In quanto ai *chirographa*, se ne può vedere l'indicazione ne' passi che abbiam citati di Seneca p. 147 nota 1.; e di Aulo Gellio p. 145 not. 2. (1) *Cic. Pro Mur.* § *17*.

(2) *D. 22, 4. De fide instrum.; 4, f. Gai.*

(3) *G. 4, 21. De fide instrum. 15. const. Justin.*

(4) Pel deposito ved. tre esempî di somiglianti scritture. D. 16, 3. Depositi; *24, f. Papin.; 26,* § *1, f. Scaev.* « *L. Titius ita* cavit: habeo apud me titulo depositi »; e § 2. « epistola cavit»...etc. etc. — In materia di vendita. D. *18. 2. De lege commiss. 2, fr. Pomp...* etc. — In materia di stipulazione. *D. 45, 1. De verb oblig. pr. f. Papin.* « *ex ea parte cautionis* » e *134.* § *2, fr. Paul.: litteris suis praestaturum se caverit pecuniam.* — *45, 2. De duob. reis. 11,* §§ *1, e 2, f. Papin.* « *cum ita cautum inveniretur* ». *C. 8, 38. De contrah, stipul. 1, const. Sever. et Anton.* « *Licet epistolae... additum non sit stipulatum esse eum cui cavebatur* ». *Per la fidejussione: C. 8, 41. De fidejuss. 27, const. Justinian.* « *Cautionem faciat ostendens se fidejussorum extitisse* » . . . etc. etc. — Per la quietanza: *D. 46, 3. De solut. 5,* § *3, f. Ulp.* « *si quis caverit debitori: in sortem et in usuras se accipere* » — *D. 22, 3. De probat. 15, f. Modest.*: « *Fideicommissa solvit, cautionem accepit* ».—*C. 8, 43, De solution. 6, const. Gordian.*: « *Universum se recepisse cavit* ». etc. etc.

(5) *D. 13, 6. Commod. 3,* § *3. fr. Ulp.* « *si tibi codicem commodavero, et in eum chirographum debitorem tuum cavere feceris* ».

(6) *C. 30, 4. De non numerat. pecun. 7. const. Alex.* « *si quasi accepturus mutuam pecuniam adversario cavistis: quae numerata non est, per condictionem obligationem repetere potestis* ».

(7) *C. Theod. lib. 2. tit. 4. De denuntiatione vel edictione rescripti 6, const. Arcad. Honor. et Theod* « *si quis debiti quod vel ex foenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem, facta cautione, translatum est* »,... etc.— Quest'è precisamente quel che Gaio ci dice dell'antico contratto *litteris*: il trasferimento d'un'obbligazione primitiva in obbligazione letterale. — *Confr. lib. 2. tit. 27. Si certum petatur de chirographis.* nel medesimo Codice.

dex accepti et expensi, i *nomina* tanto *arcaria* quanto *transcriptitia* son caduti in disuso. Le stesse *syngraphae* comechè provenute dal diritto delle genti, non s'incontrano più. I *chirographa* si trovano ancora nominati fin nel corpo di diritto di Giustiniano; ma questi han per sinonimo la *cautio* intesa come promessa scritta di pagare una determinata somma, e per lo più per causa di mutuo; e questa *cautio* è la denominazione veramente dominante, e quasi sempre usata (1). Ma quali erano gli effetti del *chirographum* così trasformato, o della *cautio* suo sinonimo? Questo è un punto importante da esaminare. Si è più volte motteggiato Giustiniano per la sua obbligazione *litterarum* immaginata, si dice, da lui per far onore all'antica divisione de' contratti. Ma sarà agevole a convincerci che i compilatori delle Istituzioni di Giustiniano non hanno immaginato nulla, e che ciò che han preso è veramente il contratto *litteris* tale appunto quale nelle sue trasformazioni era loro pervenuto, e quale si trovava al tempo loro nella società, e nella pratica degli affari. Teofilo già lo ha detto in questi termini: « *Invenias tamen et hodie, si diligentius inspicias in communi vita versari quamdam litterarum obligationem, sed quae aliam formam aliamque figuram habeat* » (2). Questo sarà chiarito da alcune spiegazioni che siam per fare sul nostro paragrafo.

Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur; quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit ut hodie dum queri non potest, scriptura obligatur, et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. *Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. Sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur.*

Anticamente si faceva per iscritture un'obbligazione la qual si diceva fatta *nominibus*: questi nomi oggi non più sono in uso. Certo è che *se qualcuno avrà scritto di esser debitore* di quel danaro che non gli è stato contato, non può dopo molto tempo opporre questa eccezione; perocchè così è stato frequentemente disposto. E così avviene che anche oggi quando alcuno non è più ammesso a dolersi, la scrittura lo obbliga, e dà luogo alla *condictio*, *quando però non vi sia stata obbligazione di parola*. Il più lungo termine per siffatta eccezione secondo le costituzioni de' Principi si estendeva in fino a cinque anni. Ma acciocchè i creditori non possan più lungamente forse esser defraudati dei loro danari, si è per nostra costituzione ristretto il tempo, cosicchè questa tale eccezione non passa più oltre di due anni.

Per comprendere il graduale decadimento del contratto *litteris* ed il suo passaggio allo stato in che lo troviamo sotto Giustiniano, è mestieri di risalir fino ai tempi de' giureconsulti classici, e di veder nascere e svolgersi una istituzione, che col tempo riuscì a modificarlo profondamente.

Dell'eccezione *non numeratae pecuniae*

Se in una scrittura che non costituisca obbligazione *litteris*, ma un semplice mezzo di pruova (*cautio*), e che sia consegnata al creditore come istrumento, alcuno dichiari ch'egli è debitore d'un tale per causa di compra, di affitto, di società, di danno recato, o di qualsivoglia altro fatto, qual è la causa dell'obbligazione? La causa è unicamente il fatto menzionato, ed il creditore non ha altra azione che quella prodotta da questo fatto: l'azione *empti*, *locati*, *pro socio*, *damni injuria*, o altra secondo i diversi casi. Ma se, stando così le cose, il debitore, non ostante la scrittura emanata da lui, neghi, l'esistenza del fatto mentovato, su chi verrà a cadere il carico della prova? Sul debitore. Non perchè la sua scrittura lo leghi, e produca obbligazioni per se medesima, ma perchè questa scrittura contiene la

(1) Ecco delle citazioni che presentano ancora il vocabolo di *chirographum* nel corpo di diritto di Giustiniano. In prima ne' frammenti de' giureconsulti: D. 22, 3, *de probat.* 24. f. Modest. « *chirographum cancellatum* »; e 31, f. Scaev. — 44, 4. *De doli excepti* 17, pr. f. Scaev. — V. inoltre i frammenti sempre de' due medesimi giureconsulti citati poc'anzi. Di poi nelle costituzioni imperiali: — Cod. 30, 4. *De non numer. pecunia* 5, *const. Alex. Sever.* — 8, 43. *De solution.* 14. « *Chirographum acceptae pecuniae* ». 15, 18, 22, e 25. « *chirographum condicere* »: tutte costituzioni di Diocl. e Massimiliano. — In quanto all'elocuzione di *cautio* adoperata nel senso indicato: D. 2, 14. *De pactis* 2, § 1, *f. Paul.* — 13, 5. *De consti.* 24, *f. Marcel.* — 22, 3. *De probat.* 23. § 4, *fram.* di Paolo riprodotto presso a poco in una costituzione di Giustin. C. 30, 4. *De non num. pec.* 13 — Nel Codice Ermogeniano al titolo *De cauta et non numerata pec.*, in una costituzione di Marc-Aurelio. — In fine nel codice di Giustiniano; tutto il titolo 30, 4. *De non num. pecun.*, dipoi la costituzione 1. di Severo e d'Antonino fino all'ultima di Giustiniano.

(2) Parafrasi di Teofilo *(hic)*.

sua confessione, il suo riconoscimento del fatto obbligatorio, ed è giusto che si stia a questa tale confessione: « *Tunc enim stare eum oportet suae confessioni* » tranne se egli, con le prove più evidenti e consistenti anch'esse in iscritture (*evidentissimis probationibus in scriptis habitis*) riesca a provare la falsità del fatto asserito. Tal è la decisione data dal giureconsulto Paolo, e che noi troviam riprodotta in una costituzione dell'imperatore Giustino (1). Ma se lo scritto destinato a formar pruova (*cautio*) si esprima confusamente (*indiscrete loquitur*), senza determinar distintamente il fatto obbligatorio, allora esso non contiene una confessione sufficiente, e siccome per se medesimo non forma obbligazione, così al creditore si aspetta il provare, che gli si deve, e perchè gli si deve: « *Tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit* ». Questa decisione è eziandio del medesimo giureconsulto(2).

Questo è per le scritture semplicemente probatorie (*cautiones*). Supponiamo ora che sia intervenuta una forma civile d'obbligazione, e per non ingenerare alcun dubbio supponiamo una stipulazione, o una espensilazione(*nomen trascriptitium*): secondo lo stretto diritto civile poco importa che vi sia o no una causa preesistente; poichè dal momento che le parole, o la scrittura richieste hanno avuto luogo, l'obbligazione esiste, il debitore è legato *verbis*, o *litteris*, ed il creditore ha la *condictio*. Ma noi sappiamo che il diritto pretorio, e la giurisprudenza son venuti in soccorso del debitore; e, s'egli ha promesso, se si è obbligato per la scrittura senza motivo, gli concedono per difendersi contro l'azione del creditore una eccezione (l'eccezione *doli mali*, o una eccezione *in factum*). Cosicchè di già non è più assolutamente vero che le parole, o la scrittura consacrata obblighino per se stesse: in sostanza bisogna rimontare ad una prima causa di obbligazione, è mestieri che questa causa realmente esista, altrimenti l'obbligazione tuttochè sussistente secondo lo stretto diritto civile, rimane senza effetto. Nondimeno un punto capitale divide ancora questo caso dal precedente: se il debitore neghi che vi sia stata una causa reale alla promessa o alla scrittura su chi ricade il peso della pruova? Sul debitore, poichè le parole o la scrittura lo legano, ed egli non si può difendere contro l'azione che per via d'una eccezione: or il principio generale è che chi oppone un' eccezione è tenuto a provare i fatti su' quali s'appoggia: « *Qui excipit probare debet quod excipitur* » secondo le parole di Celso; « *Reus in exceptione actor est* » secondo la frase più elegante di Ulpiano (3).

Quì non pertanto si produce col tempo nel diritto romano una nuova distinzione di molta importanza. Se la promessa verbale, o l'obbligazione *litteris* hanno avuto luogo per cagione d'un mutuo o prestito di danaro, ed il debitore pretenda che il danaro non gli è stato contato, questi ha secondo la regola precedente per difendersi contro l'azione un'eccezione di dolo, che, espressa e formata in fatto, prende il nome particolare di eccezione *non numeratae pecuniae*. Parecchi frammenti degli antichi giureconsulti, ed un paragrafo tutto speciale delle Istituzioni di Gaio, e di Giustiniano ci mostrano positivamente l'applicazione di questa eccezione al caso di stipulazione (4). Non la troviamo menzionata per gli antichi *nomina* risultanti dalla espensilazione, per la cagione che siffatti *nomina* erano andati in disuso, e perchè i frammenti che ad essi si riferivano furon soppressi o interpolati; ma essa s'incontra in molti luoghi, riguardo all'obbligazione *litteris* contratta per *chirographa* (5). Del resto se questa eccezione fosse rimasta nella regola generale precedentemente esposta

(1) *D. 22, 3.* De probat. *25, § 4, f. Paul.* — *Cod. 40, 30.* De non num. pec. *13. const. Justin.*

(2) *D. 22, 3. De* probat. *25, 4, f. Paul.*

(3) *D. 22, 3, d. probat. 9, f. Cels.* — *44, 1. De except. 1, f. Ulp.*

(4) *Gai. Com. 4, § 116.* « *Si stipulatus sim a te pecuniam, tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim... placet per exceptionem doli mali te defendi debere* ». *D. 44, 4. De doli mali except. 2, § 3, f. Ulp.* « *Si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit... dicendum erit nocere exceptionem. Ivi 4, § 16, f. Ulp.* — Dopo aver detto che non si da contro gli ascendenti, o i padroni nè l'eccezione del dolo, nè alcun'altra che possa effender la loro riputazione, ma che l'eccezione in simiglianti casi debb'esser formata in fatto (*in factum*), il giureconsulto aggiugne a mo' d'esempio: « *Ut si forte pecuniae non numeratae dicatur, objiciatur exceptio* pecunia non numeratae ». — *Instit.* qui appresso *lib. 4, tit. 13, § 2,* « *Si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit... placet per exceptionem* pecuniae non numeratae te defendi debere ». Vedi anche *C. 4, 30. Non numerat. pecun. 9, const. Dioclet. e Maxim.*

(5) *Cod. Teod. 2, 27. Si certum petatur de chirographis.* — *Cod. di Giustin. 4, 30. Non num. pecun. 5.* const. Alex.

per le eccezioni, cioè se il debitore che negava la numerazione del danaro fosse rimasto soggetto all'obbligo di pruovare che la numerazione effettualmente non avesse avuto luogo, noi qui non avremmo nulla di nuovo. Ma s'introdusse una regola al tutto particolare, e contraria ai principî comuni, cioè che in questo speciale caso, e sulla negazione del debitore, al creditore si spettasse provare che la numerazione delle specie realmente avesse avuto luogo. Il motivo che una costituzione degl'imperadori Diocleziano, e Massimiano ne pare allegare è che ragionevolmente una negazione non si prova (1). Ma la spiegazione meglio fondata, e più concludente è che la promessa verbale, o per *chirographum* per causa di prestito, presso i Romani spesso interveniva innanzi che le specie fosser numerate; che v'era per questo da parte del creditore un occasione frequente e facile di frode; e che allontanandosi sempre più dallo stretto diritto civile si cominciò ad aver meno in considerazione le parole e la scrittura, che la realtà del mutuo, di tal che si venne al termine di richiedere dal creditore la prova di questo realtà. La qual cosa da prima probabilmente fu introdotta per le semplici *cauzioni* o scritti probatorî d'un mutuo non chiaramente redatti (*indiscrete*) (2), e di poi fu applicata ai *chirographa*, ed alle stipulazioni fatte per cagione di prestito di danaro. Questo fu un gran passo verso la decadenza dell'obbligazione civile contratta per iscrittura, o anco per parole; in fatti in tal caso che addiveniva del contratto *litteris* o *verbis*? e stando così le cose non era forse vero il dire che non obbligavano più nè la scrittura, nè le parole, ma solamente la numerazione del danaro? Non pertanto quest'obbligazione del creditore, di provare la numerazione delle specie non gli fu imposta senza qualche limite. Fu dalle costituzioni stabilito un termine a colui che avea promesso *litteris* o *verbis*, entro il quale dovesse muover la quistione intorno a questo soggetto (*legitimum tempus*; *legibus definitum tempus*; *tempus intra quod hujus rei querela deferri debet*; *jure delata contestationibus tempora*) (3). Questo termine, come appare da una costituzione di Marc Aurelio nel Codice Ermogeniano, e come lo stesso Giustiniano ne fa sapere, era di cinque anni (4). Il debitore dovea in questo termine o proporre l'eccezione *doli mali o non numeratae pecuniae* se era convenuto dal creditore, ovvero cominciare egli medesimo il piato, ed elevare in altra guisa la contestazione, per esempio con la *condictio* per farsi restituire il suo *chirographum* (5), se per avventura il creditore per trar partito dal tempo si rimanesse inoperoso. Trascorso questo termine senza contestazione, non si richiedeva più dal creditore una pruova, che l'elasso del tempo avrebbe potuto render malagevole; il silenzio del debitore si considerava come una confessione, un riconoscimento della numerazione del danaro, e quindi la promessa verbale, il *chirographum*, o anche la *cautio* riprendevano, o acquistavano tutta la loro forza obbligatoria, senza che vi fosse più luogo a dubitare, o a ricercare se il danaro fosse stato contato o no (6). Tali erano gli effetti dell'eccezione *non numeratae pecuniae*; e della sua decadenza. Questa eccezione per altro non si applicava assolutamente che al caso che la promessa fosse fondata sopra un prestito di consumo (*pecunia credita*); per le altre cause che avrebbero potuto motivar la stipulazione, si rimaneva sotto le regole generali (7).

Da questa esposizione storica si vede

(1) *C. 4, 30.* De non num. pecun. *10, const. Dioclet. et Maxim.* « *Cum inter eum qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem* (*cujus naturali ratione probatio nulla est*) *et ab hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia* ».

(2) *C. 4, 30* De non num. pec. *3. const. Anton.* « *si ex cautione tua: licet hypotheca data conveniri coeperis: exceptione opposita, seu doli seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequetur* ».

(3) *C. 4, 30. De non num. pecun.* 8. const. Alex. — 9, const. Dioclet. et Maxim. notabile in ciò che si tratta di questo termine pel caso di stipulazione. — C. Theod. 2, 27. *Si certum petatur de chirographis 1*, const. Honor. Theod. et Constant.

(4) *Cod. Ermogeniano. De cauta et non numerata pecunia.* « *Ex cautione exceptione non numeratae pecuniae, non anni, sed quinquennii spatio defisere nuper consuimus* ». *Const. Marc. Aur.* — *Cod. Giustin. 4, 30. De non num. pecun. 14. pr. const. Justinian.*

(5) *C. 4, 30. De non num. pecun. 7. const.* Alex. — *4, 5. De condict. indeb. 3. const.* Dioclet. et Maxim. — *4, 9. De condict. ex lege 4, const.* Dioclet. et Maxim. — O per farsi liberare col mezzo dell'accettilazione, se si tratta di promessa verbale: *8, 41. De fidejuss. 13. const. Gordian.*

(6) *C. 4, 30. De non num. pecun.* 8, const. Alex. *sin vero legitimum tempus excessit... omnimodo debitum solvere compellitur* » — *14, pr. const. Justinian.* « *ut eo elapso nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit* ».

(7) *Cod. 4, 30. De non num. pec. 5. const. Alex. Ignorare autem non debes non numeratae pecuniae*

come l'eccezione *non numeratae pecuniae* con le sue regole derogatorie venne a cangiar la natura dell'obbligazione *litteris*: ed anche della stipulazione fatta per cagione di imprestito di consumo; come da allora il *chirographum* e la *cautio* si cominciarono a confondere; e a che termine erán le cose sotto Giustiniano. Or se da ciò si vuol conchiudere che per li tempi di questo imperadore non v'era più contratto *litteris*, sarà forza dire altrettanto del contratto *verbis* intervenuto per prestito di consumo; poichè la regola è la medesima in questo caso così per l'uno come per l'altro contratto. Quel che vi ha di vero è che nè il *chirographum*, nè la stipulazione per prestito di danaro producono più per se medesimi obbligazione efficace, se non dopo trascorso il termine stabilito; e che Giustiniano prende il contratto *litteris* in quel modo che lo trova pervenuto al suo tempo. Ravvicinando le parole usate dall'imperadore con quelle che si trovano nelle Istituta di Gaio intorno ai *chirographa* si farà manifesto che quelli di cui parlano le Istituzioni di Giustiniano son de'*chirographa* alterati per la successione de' tempi, e per quelle istituzioni che quì sopra abbiamo esposte e che son passate nelle Istituta di Giustiniano (1). Dal testo si vede abbastanza come l'Imperadore ha ridotto a due anni continui il termine dell'eccezione che altra volta era di cinque. Una spezial costituzione che si trova nel Codice regola in particolare siffatta materia: ed in essa è da notare il modo apprestato al debitore di render perpetua la sua eccezione denunziandola nel termine prescritto, e con certe formole al creditore (2).

TITULUS XXII.

DE CONSENSU OBLIGATIONE.

TITOLO XXII.

DELL'OBBLIGAZIONE PER SOLO CONSENSO.

Noi seguitiamo l'ordine storico. Dopo i contratti formati a principio per la mancipazione (*per aes et libram*), e di poi per la prestazione della cosa, il che è lo stipite e la radice de' contratti del diritto civile; dopo i due contratti che ne derivarono, il contratto *verbis*, ed il contratto *litteris*, ne' quali l'obbligazione si contrae per via di parole, o di scrittura, e l'indole dei quali è di tener per adempiuta l'antica formalità *per aes et libram*, e di legarsi come se avesse effettualmente avuto luogo, ora passiamo a' quattro contratti derivati dal diritto delle genti, a' quali il diritto civile de' Romani ha dato adito, e che non hanno alcuna attenenza con la formalità quiritaria *per aes et libram* nè per la dazione, nè per le parole, nè per la scrittura, ma son fondati unicamente sul consenso delle parti (ved. quì sopra pag. 78 e seg.). Questi contratti son solamente quattro: la vendita (*emptio-venditio*), l'affitto (*locatio conductio*), la società (*societas*), e il mandato (*mandatum*). Alcune costituzioni Imperiali hanno eziandio attribuito forza obbligatoria pel solo effetto del consenso ad alcune altre convenzioni particolari, ma queste ultime venute troppo tardi non sono state per questo investite del titolo di contratti; questo titolo è rimasto proprio a quelle che il diritto civile più antico avea così qualificate e sanzionate (ved. quì sop. pag. 79). Tra i contratti consensuali derivati dal diritto delle genti, e i contratti del diritto civile puro vi sono due importantissime distinzioni a notare, e son queste: che mentre questi ultimi, cioè il *mutuum*, il contratto *verbis*, ed il contratto *litteris*, non producono obbligazione che da una sola parte, e gli effetti di quest' obbligazione si determinano secondo i principii rigorosi del diritto, i quattro contratti consensuali al contrario o immediatamente, o più tardi, secondo le occasioni, producono delle obbligazioni da amendue le parti (*ultro citroque obligatio*; *alter alteri obligatur*), e gli effetti di queste reciproche obbligazioni si determinano secondo l'equità (*ex aequo et bono*). In somma è proprio dei contratti del diritto civile puro di essere unilaterali, e di produrre delle azioni di stretto diritto; mentre i quattro contratti derivati dal diritto delle genti sono bila-

---

exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur... etc. » — Così essa non avrebbe luogo pel caso in cui l'obbligazione fosse stata trasferita *a persona in personam* 6. const. Alex., nè pel caso di transazione 11. const. Dioclet. et Maxim.

(1) Così del pari che Gaio dice: «*litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est* si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat ». (*Gai. Com.* 5, § *134*); del pari le Istituzioni di Giustiniano dicono: « *si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est... cessante scilicet verborum obligatione* ». La riproduzione è evidente.

(2) *C. 4, 30. De non num. pecun. 14. const. Justinian.* — Segnatamente § 4. — Un'eccezione analoga ha luogo eziandio in materia di dote.

terali, altrimente detti sinallagmatici, e danno origine ad azioni di buona fede. (ved. quì sop. p. 88).

Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus-conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicitur obliqatio contrahi, quia neque scriptura, neque praesentia omnimodo opus est; ac nec dari quidquam necesse est ut substantiam capiat obligatio: sed sufficit eos qui negotia gerunt consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

Le obbligazioni si fanno per consenso ne'contratti di vendita, di locazione, di società, di mandato. E si dice che l'obligazione in questi modi è contratta per consenso, perchè non vi è bisogno nè di scrittura, nè di presenza, nè è mestieri che sia dato bulla, acciocchè l'obbligazione abbia sostanza, ma basta solamemte, che coloro che fanno i negozi acconsentano. Laonde cotali negozi si contraggono parimente fra gli assenti, per via di lettera o di messo. Similmente in questi contratti l'uno s'obbliga all'altro in quel che il dovere e l'equità richiede, mentre nelle obbligazioni per parole l'uno stipula, e l'altro promette.

TITULUS XXIII.

DE EMPTIONE, ET VENDITIONE.

TITOLO XXIII.

DELLA VENDITA.

Come la vendita tragga la sua origine dalla permuta; come nel principio dell'incivilimento il commercio tra gli uomini consista in dar una cosa per un'altra, secondo che se ne ha il bisogno; come siasi dipoi giunto col tempo ad usare per oggetto comune de' cambî i diversi metalli, la cui quantità si determinava pesandoli: il qual periodo di tempo ha lasciato una traccia così profonda, e che la tradizione ha sì lungamente conservata in simbolo nell'*aes et libra* dell' antico diritto romano; come da ultimo una pubblica impronta abbia coniato il metallo diviso in piccole porzioni, per indicarne il peso, e la qualità. e per risparmiare così a' privati la necessità di verificarlo e di pesarlo in ogni operazione che avvenga di fare; ed in che modo siasi da quel momento giunto a distinguere l' un dall'altro i due oggetti di cambio, ed a chiamar *merx*, mercanzia quello che si cambia con la moneta, e *pretium*, prezzo la moneta che si dà in cambio dell' altro; tutte queste nozioni son cotanto note e diffuse, che noi non abbiamo ad intrattenerci per chiarirle di più. Da queste nozioni, contenute in un frammento di Paolo, il Digesto di Giustiniano comincia il titolo della vendita (1). Ma quel che risulta eziandio da questo cenno storico, e che si vuol ben notare, perchè le idee sopra questo punto si sono generalmente snaturate, e questa verità d'economia politica sconosciuta da molti giureconsulti che han trattato della vendita, cioè che la moneta non è altro che una mercanzia (comunemente e per moltissime ragioni una materia metallica), il cui valore commerciale segue un corso, e varia, come quello di qualsivoglia altro oggetto di cambio, e la cui impronta pubblica altro non fa a questo riguardo, che garentirne la composizione, e dinotarne la quantità.

Fin quì noi parliamo d'operazioni che si effettuano, d' oggetti che si danno da una parte e dall'altra: questo è il punto storico di partenza. Ma se indipendentemente da ogni tradizione effettuata, da ogni fatto di esecuzione, le parti convengano tra loro di fare una cosiffatta operazione, per modo che non sia per ancora altro intervenuto che la pura volontà, ed il reciproco accordo, qual sarà l'effetto di questo tal consentimento? Nei primordii del diritto romano questo semplice accordo di volontà, questa causa tutta spirituale non poteva operare alcun trasferimento di proprietà, alcun diritto reale, ma poteva almeno valere per legare le parti l'una versa dell' altra, per far nascer tra loro delle obbligazioni? Il puro diritto civile quiritario non conosceva una maniera tanto semplice ed immateriale di obbligarsi; anche i nomi anticamente dati a siffatte operazioni: *permutatio* pel cambio, *venum-datio* per la vendita, indicano che per quei tempi antichi non si trattava che di atti compiuti, di permutazioni effettuate, dazioni in vendita eseguite. Ma il diritto delle genti ha introdotto questo nuovo modo di obbligazione, e la forza obbligatoria della semplice convenzione è stata ammessa rispetto a quella delle due operazioni, che era divenuta più usuale, cioè a quella che consiste in dare una co-

(1) D. 18, 1. De contrahenda emptione 1, f. Paul. « *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit; olim enim non ita erat nummus: neque aliud* merx, *aliud* pretium *vocabatur* ».

sa in cambio d'una certa quantità di moneta.

Questa tale convenzione indipendente da ogni fatto precedente di esecuzione, che non opera per se medesima alcun trasferimento di proprietà nè di diritto reale, ma produce certi legami di diritto tra le parti, costituisce il contratto detto dai romani *emptio venditio*. Due parti distinte si scorgono in esso: quella del venditore (*venditor*), e quella del comprator (*emptor*); due oggetti distinti di obbligazione: da una parte la cosa venduta o la mercanzia (*res. merx*), e dall' altra la moneta promessa in cambio, o il prezzo (*pretium*); da ultimo due ordini distinti di obbligazioni: le obbligazioni del venditore, e quelle del compratore. La denominazione romana del contratto *emptio-venditio* che noi volgiamo comunemente nella nostra lingua per la sola parola di *vendita*, abbenchè abbiamo ancora la parola corrispondente *compra*, chiaramente indica questa duplice fisonomia. Le parole *emere* comprare, *vendere* vendere; *venire* esser venduto: e quella di *distrahere* adoperata unicamente per la vendita di oggetti particolari staccati da una massa, e non per quella delle cose *universitatis*, si riferiscono a questo contratto; mentre che i verbi più antichi *venumdare* dare in vendita, *venumdari* esser dato in vendita, si riferiscono all' esecuzione medesima del contratto. Non si dee perder di vista che l' atto così riguardato secondo il diritto delle genti, cioè l' *emptio venditio* non è che un contratto, e non ha per conseguenza altro scopo, nè altro effetto, che di obbligare rispettivamente le parti l'una inverso dell'altra.

Della forma del contratto di vendita: del consenso, della scrittura, e delle caparre.

Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit; nam quod arrhae noming datur argumentum est emptionis et venditionis contractae. Sed haec quidem de emptionibus et venditionibus quae sine scriptura consistunt obtinere oportet; nam nihil a nobis *in* hujusmodi venditionibus innovatum est. *In his autem quae scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta; et si per tabelliones fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, et poenitentiae locus est, et potest emptor, vel venditor sine poena recedere ab emptione. Ita tamen impune eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum. Hoc etenim subsecuto* sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est, *is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor perdit quod dedit; si vero venditor duplum restituere compellitur: licet super arrhis nihil expressum est.*

V'ha contratto di vendita quando le parti son convenute sul prezzo, quantunque non sia pagato ancora nè data l' arra, poichè quel che si dà a titolo di arra è argomento che si sia conchiuso il contratto. E questo s'intende nelle vendite e nelle compre che si fanno senza scrittura, nelle quali *non abbiam voluto innovar cosa alcuna*. Ma in quelle che si fanno per scrittura abbiamo ordinato che la compra e la vendita non sia altrimenti perfetta, se non saranno stati fatti gl'istrumenti scritti di mano propria de contraenti, o da altri, e sottoscritti dalle parti, e quando sieno fatti da un Notaro, se non avranno il loro compimento e l'adesione delle parti. Quindi fino a tanto che manca qualcuna di ta'cose, vi è tempo di pentirsi, ed il compratore, o venditore può senz' alcuna pena dipartirsi dalla compra e dalla vendita. Ma concediamo ad essi di ritrattarsi impunemente semprechè non abbiano dato qualche cosa a titolo di arra, però essendo corsa la caparra, *o in scritto o senza scritto che sia fatta la vendita*, colui che ricusa di adempire al contratto, se è il compratore perde ciò che ha dato, e se è il venditore, è astretto a rendere il doppio, quantunque non si sia detta cosa niuna intorno alle caparre.

Questo paragrafo tratta del consenso e delle caparre.

Relativamente al consenso il principio del diritto antegiustinianeo è che la vendita è perfetta, cioè produce tutti i suoi effetti, o le obbligazioni ch' essa deve ingenerare, dal momento che le parti han convenuto della cosa e del prezzo. Questo è il principio che è enunciato dal nostro testo nella sua prima frase tolta dalle Istituta di Gaio (1), e che anche Ulpiano esprime in questi termini: «*Conventio perficit sine scriptis habitam emptionem*» (2). Su questo punto Giustiniano fa un'innovazione: cioè che quando le parti han convenuto che la vendita si debba ridurre in iscrittura, il loro consenso non si reputa dato definitivamente, e per conseguente la vendita non è perfetta, se non dopo che la scrittura si è formata, e che non vi manca più nulla: fino a quel punto vi ha un progetto, un patto non obbligatorio (3).

Riguardo alle arre: i romani così chiamavano una certa e determinata somma,

(1) *Gai. Com. 3*, § *139*.
(2) *D. 18*. De contrah. empt. *2*, § *1*, *fr. Ulp.*
(3) *C. 4*, *21*. De fid. instr. *17*. *Const. Justinian.*

e talvolta anche ogni altro oggetto, per esempio, un anello, che l'una delle parti, regolarmente il compratore dava all'altra come segno e pruova della conchiusione del contratto (1). La somma così data a titolo di arra dal compratore era come un a conto sul prezzo convenuto, per guisa che non gli restava a pagar se non il rimanente (2); e da questo, a dire di Varrone, viene l'origine della parola *arra* (3). Il principio del diritto antegiustinianeo a questo soggetto era quello che anche il nostro testo enuncia nella sua prima frase tolta parimente dalle Istituta di Gaio (4), e che il medesimo giureconsulto esprimeva altrove in questi termini: « *Quod saepe arrhae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat; sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio* » (5). Così le arre non erano che un segno ed una pruova della conclusione del contratto. Nondimeno le parti potevano per particolar convenzione aggiungervi qualche altro carattere: come nell'esempio che ci arreca Scevola, in cui il compratore conviene che s'egli non pagherà il rimanente del prezzo nel tempo determinato, egli perderà le arre (*ut arrham perderet*), e la vendita sarà non avvenuta (6). Anche su questo punto Giustiniano fa una notabile innovazione, ed è che in tutti casi, sia la vendita fatta per iscrittura, o no (*sive scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est*), quando si son date delle caparre, quantunque le parti nulla non abbiano convenuto a questo riguardo (*licet non sit specialiter adjectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat*), il compratore perdendo la sua caparra, o il venditore restituendola al doppio possono dipartirsi dalla vendita. Così le arre cambiano interamente natura, perchè in luogo d'essere un segno di conchiusione definitiva, sono un mezzo di disdetta. Quantunque altri si sia sforzato d'interpetrare la costituzione di Giustiniano in un senso ristretto, solamente per le vendite formate con scrittura, le espressioni ne son troppo precise perchè si possa ragionevolmente dubitare della generalità dell'innovazione (7). Adunque le locuzioni del nostro testo che dice parlando delle vendite senza scrittura: « *Nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est* » debbono intendersi nel senso che si riferiscano unicamente a ciò che riguada l'effetto del consenso, e non già al carattere delle arre.

Dell'oggetto delle obbligazioni nel contratto di vendita.

Siccome nella vendita vi ha due ordini distinti di obbligazioni: quelle del venditore, e quelle del compratore, così vi ha due oggetti principali ma distinti di queste obbligazioni: la cosa venduta per l'uno, ed il prezzo per l'altro. Senza cosa venduta, o senza prezzo non vi è vendita: « *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelligi* » dice Pomponio (8); « *Nulla emptio sine pretio esse potest* », dice il nostro testo nel paragrafo che segue.

In generale ogni cosa può esser venduta, tranne quelle che son fuori commercio, cioè che non possono essere o circolar nella proprietà degli uomini. « *Omnium rerum quae quis habere, vel possidere, vel persequi potest venditio recte fit; quae vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est* (9) ». Così, cose corporali o incorporali, come un diritto di servitù (10), un diritto di credito (11); cose particolari (*res singularis*), o universalità (*rerum universitas*), come un gregge, un peculio, un'eredità; corpi certi (*species*), o cose di genere (*genus*), tutto questo può esser venduto. Lo stesso è della cosa altrui: « *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est* (12) »; poichè la circostanza che la cosa appartiene ad altri non impedisce al venditore di contrarre relativamente a questa cosa tutte le obbligazioni costitutive della vendita. Finalmente possono essere oggetto di vendita non solamente le cose presenti, ma eziandio le future, ed anche le incerte, per esempio i frutti, il parto futuro, o il tratto di rete,

---

(1) *D. 19, 1.* De actionibus empti venditi *11*, § *6, fr. Ulp.*
(2) *D. 18, 3.* De lege commiss.; *8. f. Scaev.*
(3) Varrone, De lingua lat. lib. 4. « *Arrabo sic dicta ut reliquum reddatur. Hoc verbum a Graeco ἀρραβὼν. Reliquum ex eo quod debitum reliquit* ».
(4) *Gai. Com. 3,* § *139.*
(5) *D. 18, 1.* De contrach. empt. *35. pr. fr. Gai.*
(6) *D. 18, 3.* De lege commiss.; *8, f. Scaev.* — Parimente nel codice 4, 54. *De pactis int. empt. 1. const. Antonin.*
(7) *C. 4, 21.* De fide instrum. *17, const. Justin.*
(8) *D. 18, 1,* de contrch. empt. *8. f. Pomp.*
(9) *Ivi 34,* §§ *1, e 2, f. Paul.; 6, pr. f. Pomp.*
(10) *D. 18,* de contrach. empt. *80,* § *1. Labeo.*
(11) *D. 18, 4; e C. 4, 39. De hered. vel. actione vendita.*
(12) *D. 18, 1. De contrah. empt. 28, f. Ulp.*

il prodotto d'una caccia. Ed a questo riguardo si dee ben ricercare e distinguere l'intenzione delle parti, se elle han voluto che vi fosse vendita soltanto nel caso che qualche cosa fosse presa, e per questa cosa soltanto, per esempio, se hanno fissato il prezzo a tanto per capo di salvaggina o di pesci; allora secondo l'espressione dei dottori vi ha compra di una cosa sperata, *rei speratae emptio*; ovvero se la vendita dee mantenersi qualunque sia il risultamento, eziandio che nulla sia preso: come sarebbe se si è fissato un prezzo in massa pel tratto di rete, o pel prodotto della caccia; allora, a dire de'giureconsulti romani, vi ha un tratto di dadi (*alea*), compra d'una speranza (*spei emptio*)? e se la rete o la caccia non han dato nulla, con tutto questo la vendita si mantiene; allora, dice Pomponio ma assai inesattamente, vi è in certa guisa una vendita senza cosa venduta (1).

Pretium autem constitui oportet, nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed et certum esse debet: alioquin si inter aliquos ita convenerit ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur sive constat venditio, sive non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quotiens sic composita sit venditio: QUANTI ILLE AESTIMAVERIT, *sub hac conditione staret contractus: ut si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum ejus aestimationem et pretium persolvatur, et res tradatur, et venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.*

Bisogna convenire il prezzo; poichè non può esser compra niuna senza prezzo, ed il prezzo debb'esser certo, altrimenti se alcuno avesse convenuto in questa forma che per tanto prezzo sia comprata la tal cosa, per quanto essa sarà stimata da Tizio, tra gli antichi si dubitava se questa fosse vendita o no. Ma la nostra costituzione ha ordinato, che ogni volta che la vendita sarà fatta così: QUANTO EGLI STIMERÀ, il contratto starà sotto questa condizione; che se colui il quale è nominato, diffinirà il prezzo, in tal caso si pagherà il prezzo secondo la stima fatta da lui, si darà la cosa, e la vendità avrà il suo dovuto effetto, avendo il compratore l'azione di compra, ed il venditore quella di vendita. Ma se colui che è nominato non vorrà o non potrà diffinire il prezzo, in quel caso la vendita è nulla per non essersi stabilito il prezzo. Il qual diritto essendosi da noi approvato nella materia delle vendite, non è sconvenevole che si osservi parimenti nell'altra materia delle locazioni e conduzioni.

Il prezzo ha da esser certo (*certum*), cioè determinato dalla stessa canvenzione delle parti, o in un modo assoluto, come cento scudi d'oro, *centum aureos*, o per relazione ad una quantità determinabile: come sarebbe; il medesimo prezzo che tu l'hai comprata, *quanti tu eum emisti*, ovvero tutto il danaro che ho nella mia scarsella, nel mio forziere, *quantum pretii in arca habeo* (2) da quest'ulimo esempio si comprende che nulla impedisce che vi sia nel prezzo alcun che di aleatorio. Il prezzo non sarebbe certo, se invece d'esser convenuto tra le parti, fosse abbandonato al puro arbitrio di una di loro, per esempio: Ciò che vorrai, quel che crederai giusto, ciò che ti parrà, *quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris habebisemptum* »; una vendita cosiffatta sarebbe imperfetta (3). Lo stesso sarebbe se il prezzo fosse rimesso all'arbitrio di un altro in generale senza indicazione di persona: *Generaliter alieno arbitrio* » (4). Ma se l'arbitramento fosse conferito a persona determinata « *quanti Titius rem aestimaverit* », noi sappiamo da Gaio che vi era dissentimento tra i giureconsulti sulla validità della convenzione, Labeone e Cassio negando che vi fosse vendita valida, e Procolo sostenendo il contrario avviso (5). Il nostro testo espone sufficientemente la decisione di Giustiniano, il quale consacra l'opinione de'Proculeani, e le conseguenze di tal decisione (6).

Item pretium in numerata pecunia consistere debet; nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti an homo aut fundus aut toga alterius rei pretium esse possit valde quaerebatur. Sabinus et Cassius etiam in alia re putant posse pretium consistere. Unde illud est quod vulgo dicebatur permutatione rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse; argumentoque utebantur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte exercitus Achivorum vinum sibi comparasse a it permutatis quibusdam rebus his verbis:

Ενθεν αρ' οινιζοντο καρηκομοωντες Αχαιοι
Αλλοι μεν παλκω, αλλοι δ'αιθωνι σιδηρω

(1) *D. 18, 1, f. De contrah. empt. 8, f. Pomp.* « *Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur: veluti cum quasi alea emitur* ».

(2) *D. 18, 1, f. De contrah. empt. 7, §§ 1, e 2, f. Ulp.* (3) *D. 18, 1, De contr. empt. 35, § 1, f. Gai.*

(4) *D. 19, 2. Locati cond. 25, p. f. Gai.*

(5) *Gai. Com. 3, § 140.*

(6) La costituzione Giustiniano relativa a questa quistione si trova nel Codice 4, 38. *De contrah. empt. 15.*

Αλλοι δι ρινοιφ, αλλοι δ'αυτοισι βοεσσιν
Αλλοι δ'ανδραποδεσσι.

Diversae scholae auctores contra sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem: alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur venisse, et quae pretii nomine data esse; nam utram quevideri et venisse, et pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito praevaluit; cum et ipsi aliis homericis versibus adjuvatur, et validioribus rationibus argumentatur. Quod et anteriores divi principes admiserunt, et in nostris Digestis latius significatur.

Il prezzo parimente debb'esser in danari contanti; imperocchè anticamente molto si disputava se il prezzo poteva esser in altra cosa che in danari, come sarebbe se l'uomo, se il fondo, se la veste potesse esser il prezzo della cosa d'un altro. Sabino e Cassio giudicava che il prezzo potesse esser eziandio in ogni altra cosa; ond'è che volgarmente si diceva che la vendita si contrae per la permutazione di una cosa con l'altra, e che questa sorta di vendita è antichissima; e traevano argomento dal poeta Greco Omero, il quale disse in una certa parte che l'esercito de'Greci si avea comprato del vino con aver dato altre cose in cambio, le parole del quale son queste:

« I Greci dalle lunghe chiome comprarono del « vino, dando altri rame, altri rilucente ferro, altri « pelli di bue o gli stessi buoi, ed altri anche de« gli schiavi ».

Dall'altro lato autori di diverse sette sentivano il contrairo, e giudicavano che altro fosse la permutazione delle cose, ed altro la compra-vendita; perchè altrimenti non si poteva vedere qual delle cose permutate fosse la venduta, e qual fosse la data in luogo di prezzo; e la ragione non pativa che l'una e l'altra fosse cosa venduta, ed in luogo di prezzo. Ma l'opinione di Proculo, il quale diceva che la permutazione era una propria e certa spezie di contratto separata dalla vendita, meritamente fu anteposta, essendo anch'egli aiutato da altri versi d'Omero, ed oltre a questo appoggiato a più forti ragioni. La qual cosa fu ammessa dai nostri Predecessori e più diffusamente sta dichiarata nel nostro Digesto.

Le convenzioni del diritto delle genti ricevute nel numero de'contratti dal diritto civile non hanno quella precisione, e quel carattere così determinato e distinto, che è proprio de' contratti del diritto civile puro. La loro natura del pari che i loro effetti hanno alcun che di vago ed indeterminato: sovente vi sono anche dei punti, pe'quali alcune di queste convenzioni si toccano, e sembrano confondersi le une con le altre. Noi avremo occasione di vederne più d'un esempio. Tal'è fra gli altri il caso del cambio (*permutatio*), e della vendita (*emptio-venditio*). Dalla storia che ne abbiam tracciata risulta che in sostanza la compra-vendita è una specie di permuta, una modificazione di questa operazione primitiva, dalla quale riconosce la sua origine. Ma con tutto che da essa abbia avuto l'origine, non per questo non ne differisce notabilmente in uno degli oggetti permutati, il quale nella vendita consistendo da una parte in una somma di danaro, vi lascia distinguere la cosa (*merx*) dal prezzo (*pretium*); il venditore (*venditor*) dal compratore (*emptor*); e le obbligazioni dell'une da quelle dell'altro. Queste importanti diversità per certo non isfuggivano a'Sabiniani: perchè dunque attenendosi all'idea primitiva volevano confondere in uno la permutazione e la vendita, e dare parimente in amendue i casi le azioni ammesse dal diritto civile per la vendita? La ragione è che siccome da principio la permutazione (*permutatio*), e la vendita (*venundatio*), secondo che lo stesso lor nome ne indica, erano amendue delle operazioni eseguite dalle parti, una mutazione, una dazione in vendita effettuate: avendo di poi il diritto civile ammessa la semplice convenzione di compravendita come obbligatoria, e fornitala di speziali azioni, i Sabiniani per rispetto della natura comune di questi due atti, che in sostanza è la medesima, e per la latitudine d'interpetrazione che i contratti del diritto delle genti comportano, e pel loro carattere poco definito, volevano che la permutazione godesse del medesimo benefizio. Gli argomenti tolti a vicenda da Omero, secondo che il poeta ha usato ne'suoi versi la voce di permutare, o di comperare son curiosi (1). Si vede chiaro che non si tratta di una istituzione del diritto civile puro, ma di una costumanza venuta dal diritto delle genti. L'opinione

(1) I versi di Omero citati nel nostro testo son tratti dall'Iliade *lib, 7, vers, 472, a 473*. — *Paul.* (*Dig. 18, 1. 1.*) invoca eziandio in testimonianza questo verso che è tolto dall'Odissea lib. 1. in fine:

Τον ποτε Λαερτης πριατο κτεατεσσιν εοισιν

(Eurielèo) che già Laerte avea comprato con le sue (terre.

Ma egli cita nell'opinione contraria quegli altri versi ai quali fa allusione il nostro testo (*aliis Homericis versibus*), e che son tratti dall'Iliade *lib. 6. vers. 235*.. ove il poeta parla di Glauco.

Ος προς Τυδειδην Διομηδεα τευχε' αμειβεν

Che cambiò le sue armi con Diomede figliuolo di (Tideo, etc.

de'Sabiniani combattuta, dice Gaio, dai giureconsulti della scuola opposta (*diversae scolae auctores*) non fu ammessa (1), ed il cambio è rimasto quell'ch'era primitivamente: una reciproca permutazione, cioè un atto che per esser perfetto ha bisogno di esser seguito dall'esecuzione da parte di ciascuno de'permutanti; e da parte di uno di essi almeno per produrre dei legami di diritto, poichè la semplice convenzione resta senza effetto: « *Ex placito permutationis nulla re secuta, constat nemini actionem competere* (2) ». Adunque del cambio o permuta noi c'intratterremo quando ragioneremo de' contratti di tal natura. Ma se avendo un fondo a vendere (*rem venalem veluti fundum*) io accettassi in luogo di prezzo (*pretii nomine*) un oggetto qualunque, come sarebbe uno schiavo, in questo caso sarebbe agevole a distinguere le due parti di venditore, e di compratore, la cosa venduta, e la cosa data in prezzo: e questo era, a quanto pare, uno degli argomenti di cui si valevano i Sabiniani per sostener la loro teorica (3); ed in fatti in questo caso particolare una costituzione dell'imperadore Gordiano, conservata da Giustiniano, (4) dà al contratto gli effetti non di una permutazione, ma sibbene di una vendita.

Degli effetti del contratto di vendita.

Gli effetti del contratto di vendita, come quelli di tutti i contratti del diritto delle genti accolti dal diritto civile, non sono stati fin dal principio determinati in tutte le loro parti; poichè la dottrina relativa ad essi a mano a mano e per gradi si è venuta formando, e perfezionando. Di più il carattere di buona fede che appartiene alle azioni prodotte da questo contratto ha sempre lasciato a' suoi effetti alcun che di vago, e di non preciso, variabile secondo le circostanze.

La vendita per se medesima non trasferisce al compratore la proprietà della cosa venduta. La vendita è un contratto; in conseguenza il suo unico effetto è di produrre delle obbligazioni, e ne produce per amendue le parti (*ultro citroque*), ond' è venuta la qualificazione di contratto bilaterale.

Il venditore non si obbliga neppure a render proprietario il compratore; in questo, come in molti altri punti differisce molto da colui che ha promesso per istipulazione di dare una cosa. « *Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere: ut cogitur qui fundum stipulanti spopondit* (5) ». Quali son dunque le obbligazioni del venditore? Egli è obbligato di consegnare la cosa (*rem tradere*) nel tempo e nel luogo convenuto. « *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere* (6) ». Or noi sappiamo che consegnare una cosa, o farne la tradizione, importa rilasciarne il possesso (V. t. p. 252). I giureconsulti romani aveano anche su tal proposito un'elocuzione particolare per determinare l'obbligazione del venditore: essi dicevano ch'egli dovea dare « *vacuam possessionem* » cioè la possessione libera, esente da qualsiasi ostacolo (7). La cosa però dovea esser consegnata con tutti i suoi accessorii (8). Ma il dire che il venditore è tenuto a consegnare la cosa non indica sufficientemente tutta l' estensione della sua obbligazione. È mestieri ricorrere ad un altra dizione consagrata dal diritto romano, e di molto maggior forza: egli è tenuto di procurare al compratore: « *rem licere habere* »; cioè la facoltà di aver la cosa, e di comportarsi rispetto ad essa come assoluto padrone. « *Obligatus est venditor ut praestet licere habere* » dice Giustiniano; « *Ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat* », dice Africano (9). Dal che seguita che quando la cosa è stata consegnata,

(1) Il testo delle Instituzioni ci dice che essa era stata di già condannata, anche da'Principi anteriori (*et anteriores divi principes*). In fatti noi troviamo nel Codice due costituzioni di Diocleziano, e di Massimiano sopra questo punto Cod. 4, 64. *De rerum permut. 3, e 7, const. Dioclet. et Maxim.* Quanto a'giureconsulti romani noi leggiamo nominatamente ne' frammenti del Digesto che Nerva, Proculo, Celso, e Paolo erano nel numero di coloro che non ammettevano l' opinione di Sabino. *D. 18, 1.* De contrh. empt. *1, f. Paul.; 12, 4.* De condict. caus. dat. 16. *f. Cels.; 19, 4.* De rer. perm. *1, f. Paul.; 19, 5.* De praescript. verb. *5. § 1, f. Paul.*

(2) *C. 4, 64,* De rer. perm. *5, const. Dioclet. et Maxim.*

(3) *Gai. Comm. 3, § 141.*

(4) *C. 4, 64.* De rer. perm. *1, const. Gordian.*

(5) *D. 18, 1.* De contrah. empt. *25, § 1, f. Ulp.*

(6) *D. 19, 1.* De action. empt. et vend. *11, § 2, f. Ulp.*

(7) *Ivi 2, § 1, f. Paul.* il quale definisce ciò che si debb' intendere per *vacua possessio*; *3, § 1, f. Pomp.; 48, f. Scaev.* etc.

(8) *D. 18, 1.* De contrah. empt. *47, e 49, f. Ulp. 19, 1.* De action. empt. *17, pr. e §§ 2, e seg. f. Ulpiano.*

(9) D. *19, 1.* De action. empt. *50, § 1, f. Afric. 21. 2,* De evict. *8, f. Julian.; 21, § 2, f. Ulp.; 24, f. Afric.; 25, f. Ulp.; 29, pr. f. Pomp.; 57, pr. f. Gai.*

in fino a tanto che il compratore conserva la facoltà di tenerla da padrone, ancorchè egli abbia la pruova che questa cosa appartiene ad altri, non ha nulla a domandare dal suo venditore; poichè l' obbligazione di costui è adempita; ma dal momento che per una cagione anteriore alla vendita la cosa è giuridicamente ritolta al compratore, in tutto o in parte, egli ha il suo regresso contro il venditore pei danni-interessi (*in id quod interest*). E questa obbligazione del venditore si esprime dicendo ch'egli è tenuto di garentire il compratore da ogni evizione: « *Evictionis nomine obligatur* ». *Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem* (1)». Evincere (*Evincere*) vuol dir togliere per una vittoria giudiziaria, ed in vigore di un diritto anteriore, una cosa a chi la possedeva per giusta causa di acquisto; o come volgarmente si dice « *aliquid vincendo auferre* »; l'evizione (*evictio*) è questa tale vittoria, e *res evicta* è la cosa che in questo modo è tolta. I romani aveano nella loro lingua giuridica antica una parola particolare che si è conservata, ed è *auctoritas*, per dinotare la garentia, la sicurezza contro l'evizione (2). *Auctoritatem praestare, auctor esse*, significava somministrare, dovere questa garentia. « *Venditor si ejus rei, quam vendiderit dominus non sit, pretio accepto auctoritati manebit obnoxius* », dicono le sentenze di Paolo (3), ed io mi penso che si possa trovare in ciò anche la spiegazione di quella vecchia parola che rimonta al tempo delle Dodici Tavole, ed il cui senso etimologico è stato sì stranamente tormentato: *usus-auctoritas* per usucapione. In fatti questa parola non significa altro, che l'*auctoritas*, cioè, la sicurezza contro ogni evizione, la quale si acquista per l'uso, o possesso per tutto il tempo richiesto dalla legge (V. I, p. 210, nota 4). Il compratore non ha regresso contro il venditore per l' evizione, se non in quanto la cosa gli sia stata tolta per via giudiziaria, ed egli non abbia trascurato di difendersi. A tal riguardo gli è imposta una prima condizione; cioè di denunziare al venditore la molestia in tempo che egli possa venire a difendersi: questo si dice *litem denuntiare*, ovvero *auctorem laudare*, *auctoris laudatio* (4). Del resto il Digesto, ed il Codice contengono ciascuno un titolo speciale consacrato a dichiarar le condizioni, le forme, e gli effetti di cotal garentia (5). Oltre la garentia dell'evizione, il venditore è ancora tenuto a quella de' vizî occulti della cosa, i quali sien tali per natura, da sminuire, o distruggerne l'uso. Siffatta obbligazione nasce pel solo fatto del contratto; l'estensione, gli effetti si debbono regolare secondo la buona fede, avendo in considerazione l'importanza del vizio, e la scienza o ignoranza, che il venditore, o il compratore ne avea. Essa ha sempre luogo senza distinzione rispetto a que' vizî che il venditore ha espressamente dichiarato di non esservi, o a quelle buone qualità di cui ha affermato che la cosa era fornita (6). Le conseguenze di cosiffatta garentia sono pel compratore il diritto di domandare o i danni-interessi (*id quod interest*), o una diminuzione del prezzo, o la rescissione del contratto (7). Questa particolare rescissione addomandasi redibizione « *Redhibere*, dice Ulpiano, *est facere ut rursus habeat venditor quod habuerit: et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata, quasi redditio* (8).

In ciò che riguarda le diverse obbligazioni del venditore si può verificar di leggieri quel che abbiam detto sul graduale svolgimento degli effetti attribuiti al contratto consensuale dalla dottrina, e sul loro carattere poco determinato. Al tempo che il contratto consensuale non era ancora ammesso, e che i principii riguardo alle obbligazioni che dovea produrre non erano ancor fermati, vi si suppliva con la stipulazione. Così il compratore stipulava la dazione della cosa, il che produceva pel venditore obbligazione di trasferirgliene la proprietà (9); egli stipulava che il venditore gli rilascerebbe il possesso libero (*vacuam possessionem*) (10); ovve-

(1) *D. 19, 1.* De actio. empt. *11*, § *2*, *f. Ulp.*

(2) «*Auctoritas, id est actio pro evictione*» dice Venuleio. *D. 21, 2.* De evict. *76.*

(3) *Paul. Sent. 2, 17.* Ex empt. et vend. § *1.*

(4) *D. 21, 2.* De evict. *29*, § *2*, *f. Pomp.*; *51.* § *1*, *f. Ulp.*; *53*, § *1*, *f. Paul.*; *55*, § *1*, *f. Ulp.*; *56*, §§ *4*, *a 7*, *f. Paul.*; *59*, *f. Pomp.*— E per la frase *auctore laudare 63*, § *1*, *f. Mod.* — *C. 8, 45*, De evict. *7*, *const. Alex.*; *e 14*, *const. Gord.* V. anche *8*, *e 9*, *const. Alex.*

(5) *D. 21, 2.* De evict. *et dupl. stipulat.*—*C. 8, 45*, De evict.

(6) *D. 19, 1.* De act. empt. *13*, § *4*, *f. Ulp.* —*18 1. D.* contrah. empt. *43*, § *2*, *f. Florent.* — *21. 1.* De aedilit. edict. *17*, § *20*, *f. Ulp.*; *18*, *f. Gai. 19*, *f. Ulp.*

(7) *D. 19, 1, 11*, § *3*, *e 13*, § *4*, *f. Ulp.*—*Paul. Sent. 2, 17.* Ex empt. et vend. § *6.*

(8) *D. 21, 1.* De aedilit edict. *21*, *pr. f. Ulp.*

(9) *D. 18, 1.* De contrh. empt. *25*, § *1. f. Ulp. 45, 1. De verb. oblig, 75*, § *10*, *f. Ulp.*

(10) *Dig. 19, 1.* De act. empt. *5*, § *1*, *fragm. Pomp.*

sua confessione, il suo riconoscimento del fatto obbligatorio, ed è giusto che si stia a questa tale confessione: « *Tunc enim stare eum oportet suae confessioni* » tranne se egli, con le prove più evidenti e consistenti anch'esse in iscritture (*evidentissimis probationibus in scriptis habitis*) riesca a provare la falsità del fatto asserito. Tal è la decisione data dal giureconsulto Paolo, e che noi troviam riprodotta in una costituzione dell'imperatore Giustino (1). Ma se lo scritto destinato a formar pruova (*cautio*) si esprima confusamente (*indiscrete loquitur*), senza determinar distintamente il fatto obbligatorio, allora esso non contiene una confessione sufficiente, e siccome per se medesimo non forma obbligazione, così al creditore si aspetta il provare, che gli si deve, e perchè gli si deve: « *Tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit* ». Questa decisione è eziandio del medesimo giureconsulto(2).

Questo è per le scritture semplicemente probatorie (*cautiones*). Supponiamo ora che sia intervenuta una forma civile d'obbligazione, e per non ingenerare alcun dubbio supponiamo una stipulazione, o una espensilazione(*nomen trascriptitium*): secondo lo stretto diritto civile poco importa che vi sia o no una causa preesistente; poichè dal momento che le parole, o la scrittura richieste hanno avuto luogo, l'obbligazione esiste, il debitore è legato *verbis*, o *litteris*, ed il creditore ha la *condictio*. Ma noi sappiamo che il diritto pretorio, e la giurisprudenza son venuti in soccorso del debitore; e, s'egli ha promesso, se si è obbligato per la scrittura senza motivo, gli concedono per difendersi contro l'azione del creditore una eccezione (l'eccezione *doli mali*, o una eccezione *in factum*). Cosicchè di già non è più assolutamente vero che le parole, o la scrittura consacrata obblighino per se stesse: in sostanza bisogna rimontare ad una prima causa di obbligazione, è mestieri che questa causa realmente esista, altrimenti l'obbligazione tuttochè sussistente secondo lo stretto diritto civile, rimane senza effetto. Nondimeno un punto capitale divide ancora questo caso dal precedente: se il debitore neghi che vi sia stata una causa reale alla promessa o alla scrittura su chi ricade il peso della pruova? Sul debitore, poichè le parole o la scrittura lo legano, ed egli non si può difendere contro l'azione che per via d'una eccezione: or il principio generale è che chi oppone un' eccezione è tenuto a provare i fatti su' quali s'appoggia: « *Qui excipit probare debet quod excipitur* » secondo le parole di Celso; « *Reus in exceptione actor est* » secondo la frase più elegante di Ulpiano (3).

Qui non pertanto si produce col tempo nel diritto romano una nuova distinzione di molta importanza. Se la promessa verbale, o l'obbligazione *litteris* hanno avuto luogo per cagione d'un mutuo o prestito di danaro, ed il debitore pretenda che il danaro non gli è stato contato, questi ha secondo la regola precedente per difendersi contro l'azione un'eccezione di dolo, che, espressa e formata in fatto, prende il nome particolare di eccezione *non numeratae pecuniae*. Parecchi frammenti degli antichi giureconsulti, ed un paragrafo tutto speciale delle Istituzioni di Gaio, e di Giustiniano ci mostrano positivamente l'applicazione di questa eccezione al caso di stipulazione (4). Non la troviamo menzionata per gli antichi *nomina* risultanti dalla espensilazione, per la cagione che siffatti *nomina* erano andati in disuso, e perchè i frammenti che ad essi si riferivano furon soppressi o interpolati; ma essa s'incontra in molti luoghi, riguardo all'obbligazione *litteris* contratta per *chirographa* (5). Del resto se questa eccezione fosse rimasta nella regola generale precedentemente esposta

(1) *D. 22, 3.* De probat. *25, § 4, f. Paul.* — *Cod. 40, 30.* De non num. pec. *13. const. Justin.*

(2) *D. 22, 3. De* probat. *25, 4, f. Paul.*

(3) *D. 22, 3, d. probat. 9, f. Cels.* — *44, 1. De except. 1, f. Ulp.*

(4) *Gai. Com. 4, § 116.* « *Si stipulatus sim a te pecuniam, tamquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim... placet per exceptionem doli mali te defendi debere* ». *D. 44, 4. De doli mali except. 2, § 3, f. Ulp.* « *Si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit... dicendum erit nocere exceptionem. Ivi 4, § 16, f. Ulp.* — Dopo aver detto che non si da contro gli ascendenti, o i padroni nè l'eccezione del dolo, nè alcun'altra che possa effender la loro riputazione, ma che l'eccezione in simiglianti casi debb'esser formata in fatto (*in factum*), il giureconsulto aggiugne a mo' d'esempio: « *Ut si forte pecuniae non numeratae dicatur, objiciatur exceptio* pecunia non numeratae ». — *Instit.* qui appresso *lib. 4, tit. 13, § 2,* « *Si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit... placet per exceptionem* pecuniae non numeratae te defendi debere ». Vedi anche *C. 4, 30. Non numerat. pecun. 9, const. Dioclet. e Maxim.*

(5) *Cod. Teod. 2, 27. Si certum petatur de chirographis.* — *Cod. di Giustin. 4, 30. Non num. pecun. 5,* const. Alex.

per le eccezioni, cioè se il debitore che negava la numerazione del danaro fosse rimasto soggetto all'obbligo di pruovare che la numerazione effettualmente non avesse avuto luogo, noi qui non avremmo nulla di nuovo. Ma s'introdusse una regola al tutto particolare, e contraria ai principî comuni, cioè che in questo speciale caso, e sulla negazione del debitore, al creditore si spettasse provare che la numerazione delle specie realmente avesse avuto luogo. Il motivo che una costituzione degl'imperadori Diocleziano, e Massimiano ne pare allegare è che ragionevolmente una negazione non si prova (1). Ma la spiegazione meglio fondata, e più concludente è che la promessa verbale, o per *chirographum* per causa di prestito, presso i Romani spesso interveniva innanzi che le specie fosser numerate; che v'era per questo da parte del creditore un occasione frequente e facile di frode; e che allontanandosi sempre più dallo stretto diritto civile si cominciò ad aver meno in considerazione le parole e la scrittura, che la realtà del mutuo, di tal che si venne al termine di richiedere dal creditore la prova di questo realtà. La qual cosa da prima probabilmente fu introdotta per le semplici *cauzioni* o scritti probatorî d'un mutuo non chiaramente redatti (*indiscrete*) (2), e di poi fu applicata ai *chirographa*, ed alle stipulazioni fatte per cagione di prestito di danaro. Questo fu un gran passo verso la decadenza dell'obbligazione civile contratta per iscrittura, o anco per parole; in fatti in tal caso che addiveniva del contratto *litteris* o *verbis*? e stando così le cose non era forse vero il dire che non obbligavano più nè la scrittura, nè le parole, ma solamente la numerazione del danaro? Non pertanto quest'obbligazione del creditore, di provare la numerazione delle specie non gli fu imposta senza qualche limite. Fu dalle costituzioni stabilito un termine a colui che avea promesso *litteris* o *verbis*, entro il quale dovesse muover la quistione intorno a questo soggetto (*legitimum tempus*; *legibus definitum tempus*; *tempus intra quod hujus rei querela deferri debet*; *jure delata contestationibus tempora*) (3). Questo termine, come appare da una costituzione di Marc Aurelio nel Codice Ermogeniano, e come lo stesso Giustiniano ne fa sapere, era di cinque anni (4). Il debitore dovea in questo termine o proporre l'eccezione *doli mali o non numeratae pecuniae* se era convenuto dal creditore, ovvero cominciare egli medesimo il piato, ed elevare in altra guisa la contestazione, per esempio con la *condictio* per farsi restituire il suo *chirographum* (5), se per avventura il creditore per trar partito dal tempo si rimanesse inoperoso. Trascorso questo termine senza contestazione, non si richiedeva più dal creditore una pruova, che l'elasso del tempo avrebbe potuto render malagevole; il silenzio del debitore si considerava come una confessione, un riconoscimento della numerazione del danaro, e quindi la promessa verbale, il *chirographum*, o anche la *cautio* riprendevano, o acquistavano tutta la loro forza obbligatoria, senza che vi fosse più luogo a dubitare, o a ricercare se il danaro fosse stato contato o no (6). Tali erano gli effetti dell'eccezione *non numeratae pecuniae*; e della sua decadenza. Questa eccezione per altro non si applicava assolutamente che al caso che la promessa fosse fondata sopra un prestito di consumo (*pecunia credita*); per le altre cause che avrebbero potuto motivar la stipulazione, si rimaneva sotto le regole generali (7).

Da questa esposizione storica si vede

(1) *C. 4, 30.* De non num. pecun. *10, const. Dioclet. et Maxim.* « *Cum inter eum qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem* (*cujus naturali ratione probatio nulla est*) *et ab hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia* ».

(2) *C. 4, 30* De non num. pec. *3. const. Anton.* « *si ex cautione tua: licet hypotheca data conveniri coeperis: exceptione opposita, seu doli seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequetur* ».

(3) *C. 4, 30. De non num. pecun.* 8. const. Alex. — 9, const. Dioclet. et Maxim. notabile in ciò che si tratta di questo termine pel caso di stipulazione. — C. Theod. 2, 27. *Si certum petatur de chirographis 1*, const. Honor. Theod. et Constant.

(4) *Cod. Ermogeniano. De cauta et non numerata pecunia.* « *Ex cautione exceptione non numeratae pecuniae, non anni, sed quinquennii spatio deficere nuper censuimus* ». *Const. Marc. Aur.* — *Cod. Giustin. 4, 30. De non num. pecun. 14. pr. const. Justinian.*

(5) *C. 4, 30. De non num. pecun. 7. const.* Alex. — *4, 5. De condict. indeb: 3. const.* Dioclet. et Maxim. — *4, 9. De condict. ex lege 4, const.* Dioclet. et Maxim. — O per farsi liberare col mezzo dell'accettilazione, se si tratta di promessa verbale: *8, 41. De fidejuss. 15. const. Gordian.*

(6) *C. 4, 30. De non num. pecun.* 8, const. Alex. *sin vero legitimum tempus excessit... omnimodo debitum solvere compellitur* » — *14, pr. const. Justinian.* « *ut eo elapso nullo modo querela non numeratae pecuniae introduci possit* ».

(7) *Cod. 4, 30. De non num. pec. 5. const Alex. Ignorare autem non debes non numeratae pecuniae*

rà alla cosa tal quale si troverà per effetto de'cambiamenti a' quali per avventura è andata soggetta. In tutto ciò non si tratta che dell'obbligazione del venditore. E se vi è perdita totale si applicherà quella regola comune dell' estinzione delle obbligazioni, che il debitore di un corpo certo (*species*) è liberato quando questo corpo è perito senza suo fatto, o colpa (1). Ma che addiverrà dell' obbligazione del compratore relativamente al prezzo? Il prezzo convenuto sarà aumentato, o scemato, secondo che la cosa sarà accresciuta, o deteriorata? No certamente; il prezzo rimarrà sempre lo stesso. E se la cosa venduta è totalmente perita per modo che il venditore si trovi liberato dall'obbligazione di darla, sarà il compratore parimente liberato da quella di pagare il prezzo?Neppure. Le due obbligazioni, contratte che sieno una volta, esistono indipendentemente l'una dall'altra, la prima può modificarsi o estinguersi nel suo oggetto per le variazioni della cosa venduta, la seconda continua ciò non ostante a rimaner sempre la stessa (2). Di tal fatta era il sistema romano; e per questo è vero il dire che dal momento della vendita il compratore corre i rischi della cosa venduta, benchè il venditore ne sia ancora proprietario.

Del rimanente questo principio non è applicabile quando l'oggetto della vendita non è un corpo certo (*species*), ma un genere (*genus*), per esempio uno schiavo, un cavallo (*in genere*): dappoichè in fino a che l'oggetto non è determinato non si può dire che esso aumenta, si scema, o perisce; neppure quando gli oggetti son determinati, ma la vendita n' è fatta a peso, numero, o misura (*pondere*, *numero*, *mensurave*), come sarebbe questa verga di metallo, questo gregge, questa biada, questo vino o anche questo campo, ma a tanto la libbra, il capo, o la misura; perchè, essendo indeterminato il prezzo, finchè la cosa non è stata pesata, contata, o misurata, la vendita fino a quel punto non è considerata come perfetta (3). Ma se il tutto è venduto, come dicono i Romani *per aversionem*, cioè a dire in massa per un solo prezzo (*uno pretio*), la vendita è perfetta da che la convenzione è seguita, ed il principio sui rischi è immediatamente applicabile (4). L'applicazione di questo principio richiede eziandio delle distinzioni ne' casi in cui si tratta di vendite condizionali (5), o di vendite di più cose alternativamente: « *Sticum aut Pamphilum* (6) ».

Finalmente allato a questo principio vuolsi allogare un'ultima obbligazione del venditore, della quale ci rimane a parlare, ed è ch'egli è risponsabile inverso il compratore di ogni colpa, dal che seguita che egli dee porre in opera tutta la sua cura in guardare, e conservare la cosa: « *Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor aut traditionem praestet* (7) »: I giureconsulti esprimono quest' obbligazione con diverse frasi, le quali però son semplici variazioni di stile: talvolta: « *ut praestet dolum et culpam* »; « *non solum dolum sed et culpam* »; talvolta « *custodiam et diligentiam* », ed altre volte o l'una o l'altra separatamente (8); per modo che a noi par cosa puerile il voler fare di ciascuna di queste frasi altrettante gradazioni ed affannarsi in ricerche se il venditore è tenuto alle une, o non è obbligato alle altre. Ma i giureconsulti romani, quale che sia la frase adoperata ci indicano chiaramente l' estensione della risponsabilità del venditore: egli dee adoperare, per la guardia della cosa, la diligenza d' un buon padre di famiglia, e maggiore che non ne usa abitualmente per le sue proprie cose.

---

(1) *D. 45. 1*, De verb. obl. *23, f. Pomp.* — Qui sopra *2, 20*, De legatis § 16, vol. 1.

(2) *D. 18, 5*. De rescind. vend. *5*, § *2, f. Julian.* — *21, 2*, De evict. *11, pr. f. Paul.* — *Cod. 4, 48*, De peric. et commod. *6, const. Dioclet. et Maxim.* — Ved. non pertanto il frammento tolto da Africano. *D. 19*, 2. Locati conduct. *33* nel quale l' opinione contraria pare positivamente enunciata, e dal quale sembra risultare che il venditore in caso di perdita della cosa non potrebbe esigere il prezzo, o anche sarebbe obbligato di restituirlo se l' avesse ricevuto. I comentatori si sono sforzati di conciliare questo passo coi principii tante volte esposti altrove. Essi han supposto segnatamente che qui il venditore s' era specialmente obbligato a prender su di lui l'eventualità di certi vizii o di certi rischi della cosa. Ma è forse più semplice e più vero di scorgervi una divergenza d' opinioni.

(3) *D. 18. 1*. De contrah. empt. *35*. §§ *5. e 6. f. Gai.*

(4) *Ivi, e 18, 1, 62*, § *2, f. Mod.*

(5) *D. 18, 16*. De peric. et com. *8, pr. f. Paul.*; *18, 1*. De contrah. empt. *7, pr. Ulp.*

(6) *D. 11, 1*, De contrah. empt. *31*, § 6. *f. Paul*. *46, 3*, De solut. et liber. *95, pr. f. Papin.*

(7) D. *47, 2*, De furt. 14, *pr. f. Ulp.*

(8) *D. 13. 6*, Commodat. *5*, § *2, f. Ulp.* — *18, 6*. De peric. *3, f. Paul.* — *19. 1*, De act. empt. *13*, § *16, f. Ulp.*; e *36 f. Paul. 21, 1*, De aedilit. edict. *31*, §§ *11, e 12, f. Ulp.*

« *Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet* », dice il giureconsulto Paolo (1). Ulpiano esprime in altri termini la medesima regola, e la chiarisce con alcuni esempî (2). La risponsabilità del venditore sarebbe tutt' altra, e si estenderebbe eziandio ai casi fortuiti, se si fosse spezialmente addossato i rischi della guardia, o come il nostro testo si esprime: « *si custodiam ejus usque ad traditionem venditor suscepe rit* ».

Il compratore dalla sua parte per la natura del contratto è ugualmente risponsabile verso il venditore non solamente del dolo, ma di ogni sorta di colpa che potrebbe recar danno a costui, per esempio delle sue negligenze in caso d'un giudizio per evizione sia nella difesa sia nella denunzia che dee farne al venditore(3).

Fatta che sia la tradizione, la proprietà della cosa, se il venditore ne era proprietario, passa nel compratore, purchè però il prezzo sia stato pagato, o il venditore ne sia stato in altro modo soddisfatto, o siasi rimesso alla fede del compratore: « *Si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione* »; o secondo le locuzioni più laconiche di Ulpiano: « *nisi aere soluto, vel fidejussore dato, vel alias, satisfacto* (4) ». Il tutto in conformità dei principî qui sopra esposti (v. I, p. 254 e seg.) Questi principî, e la più parte di quelli che precedono, sono riassunti con precisione in questa frase d'Ulpiano: « *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum: si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat: si modo pretium est numeratum aut eonomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur* (5) ».

Da questa esposizione della materia si vede come gli effetti del contratto di vendita non essendo già di trasferire la proprietà al compratore, ma solamente di far nascere delle obbligazioni, queste obbligazioni possono contrarsi dal venditore non meno per la cosa altrui, che per la sua propria. Questo non proviene, come spesso si dice ma a torto, da che il venditore non si obbliga a trasferire la proprietà: in fatti nella promessa per istipulazione di dare (*dare*) il promettente si obbliga a dare la proprietà, e nondimeno cotal promessa ugualmente che la vendita è valida anche per la cosa altrui (6). La ragione unica è che i contratti in dritto romano producono solamente delle obbligazioni, e non dei trasferimenti di proprietà: quando dunque essi consistano anche nell' obbligazione di dar la proprietà, non è punto necessario, che il promettente abbia già quella proprietà per la quale si obbliga (7). Ma una vera conseguenza del principio che il venditore non è tenuto di render proprietario il compratore è che questi quando anche avesse la pruova che la cosa venduta appartiene ad un terzo, in fino a che continua ad averla (*rem licere habere*), e finchè non ha sofferto evizione alcuna non può domandar nulla al venditore. « *Qui rem emit et post possidet, quamdium evicta non est auctorem suum propterea quod aliena vel obbligata res dicatur, convenire non potest* (8) ». Nondimeno non sarebbe lo stesso se il venditore avesse *scientemente* venduto la cosa altrui a un compratore, *che ignorava questo fatto*. Come la vendita è un contratto di buona fede, e le parti vi sono risponsabili di ogni frode da loro commessa, il compratore avrebbe avuto in questo caso contro il venditore l'azione del contratto per farsi indennizzare di ciò che gl'importava che la cosa divenisse sua propria. « *Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris: etiam priusquam evincatur, utiliter me ex empto actarum putavit, in id quanti mea intersit meam esse factam* (9) ».

---

(1) *D. 18, 6*, De peric. *5, f. Paul.*

(2) *D. 21, 1*, De aedilit. edict. *31*, §§ *11, e 12, f. Ulp.*

(3) *D. 13, 6*, comm. *5*, § *2, f. Ulp.*; e qui sopra p. 162.

(4) *D. 18, 1*, De contrah. empt. *19, f. Pomp.*; e *53, f. Gai.* — *14, 4*, De tribut. action. *5*, § *18, f. Ulp.*

(5) *D. 19, 1*, De act. empt. *11*, § *2, f. Ulp.*

(6) Vedi qui sopra p. 113: « *Vel cujus commercium non habuerit* » ed il framm. che vi è citato; *D. 45, 1*, De verb. oblig. *34, f. Ulp.*

(7) Il *mutuum* al contrario non può aver luogo per la cosa altrui, perchè qui quello che crea l'obbligazione costitutiva del contratto è il trasferimento medesimo della proprietà *(re contrahitur)*. *Ved. qui sopra p. 100.*

(8) *C. 8, 45*, De evict. *5, const. Sever. et Anton.*

(9) Tal è il testo di Africano, che spiega in seguito la ragione della sua decisione fondata sul dovere che ha il venditore di rispondere del suo dolo: *D. 19, 1*. De act. empt. *30*, § *1*.

Delle modalità del contratto di vendita, e delle clausole particolari che vi si possono aggiugnere *(pacta inter emptorem et venditorem composita)*.

La vendita può ricever le diverse modalità del termine o della condizione.

IV. *Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest; sub conditione, veluti:* SI STICHUS INTRA CERTUM DIEM TIBI PLACUERIT, ERIT TIBI EMPTUS AUREIS TOT.

4. La compra si può fare tanto puramente, quanto sotto condizione. Sotto condizione, come sarebbe: SE STICO TI PIACERA' IN TERMINE DI TANTI GIORNI SARA' TUO PER TANTI AUREI.

L'esempio dato dal nostro testo è quello d'una condizione posta interamente in facoltà del compratore: « *Si Stichus intra certum diem tibi placuerit* ». E però bisogna decidere che l'indicazione d'un tempo determinato (*intra certum diem*) è indispensabile perchè vi sia contratto; altrimenti il compratore non sarebbe in nulla legato, e sarebbe come se la vendita gli fosse stata fatta sotto questa condizione: « *Si voluerit* »; e per conseguente sarebbe nulla (1). L'effetto di questa condizione è di rendere incerta la vendita, di tenerla come in sospeso, il che nel nostro dritto noi chiamiamo condizione sospensiva. Paolo, Ulpiano, ed una costituzione degl' imperatori Diocleziano, e Massimiano ci offrono l'esempio d'una somigliante condizione, ma in un senso inverso: « *ut si displicuerit intra certum diem, inempta sit* (2) ». Qui l'effetto della condizione è di tener in sospeso non gia la vendita, ma la sua risoluzione, e questo nel nostro dritto noi chiamiamo condizione risolutiva. Ma non è questo il linguaggio de' giureconsulti romani. In somigliante caso essi dicono sovente che la vendita è pura e semplice nel senso che produce immediatamente i suoi effetti, salvo la risoluzione che potrà sopravvenire. Non la vendita, essi dicono, ma la sua risoluzione è condizionale ed incerta. « *Pura emptio quae sub conditione resolvitur* (3) ».

Il compratore ed il venditore possono modificare la loro convenzione principale per via di clausole, o convenzioni accessorie che loro piaccia di aggiugnere. Queste convenzioni portano il nome generico di *pacta*, e spesso son dette ancora *leges emptionis*, leggi della vendita. Formate nel tempo medesimo che la vendita, ne fan parte e ne traggono la loro forza obbligatoria; ed i loro effetti si domandano con le stesse azioni. Noi troviamo nel Codice di Giustiniano un titolo speciale su questi patti accessorii in generale, e nel Digesto alcuni titoli esclusivamente consacrati ad alcuni di essi in particolare (4). Questi patti hanno per iscopo di apportare alle regole ordinarie del contratto le derogazioni che alle parti piace di fare: per esempio sulla consegna, sul pagamento, sulla sicurtà da dare da una parte e dall'altra, sui rischi, sui prodotti, sugl'interessi, sui difetti, o sulle buone qualità della cosa, sull' evizione, o sopra altri punti. Ovvero hanno per fine la riserva, o la costituzione di qualche dritto, come sarebbe una riserva di usufrutto, una costituzione di servitù. Alcuni di questi patti essendo più usuali, o avendo un carattere più distinto, han richiamata l'attenzione particolare de' giureconsulti.

Tal'è quello che i Romani chiamavano *in diem addictio*, pel quale si conviene tra le parti che se in un certo termine si offrano al venditore migliori condizioni (*meliore allata conditione*), la vendita non avrà più luogo, o si troverà risoluta. « *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra Kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit* ». Questo patto costituisce veramente una condizione messa o alla vendita, o alla sua risoluzione, secondo l'intenzione delle parti. Di questo si tratta in un titolo particolare del Digesto (5).

Tal'è ancora quel patto che porta il nome di *lex commissoria*, per effetto del quale la vendita sarà risoluta se uno dei contraenti commette qualche cosa contro la legge del contratto. Nell'uso questo patto interviene a favore del venditore in questo senso, che se il compratore non paga il prezzo in un termine stabilito, la vendita sarà risoluta a piacere del venditore: « *Ut si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit* » Questo è parimente una specie di condi-

(1) *Gai. Com. 3*, § *146*, *D. 18, 1*, De contrah. empt. *7, pr. f. Ulp.—Cod 4.38*, De contrah. empt. *15*, const. Dioclet. et Maxim.

(2) *D. 18, 1*, De contrah. empt. *3, f. Ulp.* — *41, 4*, Pro empt. *2*, § *5, f. Paul.* — *C. 4, 58*, De aedil. edic. *4*, *const. Dioclet, e Maxim, D. 21, 1*, de edilit. *edict. 31*, § *22*, *f. Ulp.* Qui non è indispensabile che si stabilisca un tempo determinato.

(3) *D. 41, 4*, Pro empt. *2*, § *5*, *f. Paul.* — *18, 2*, De in diem addict. *2*, *f. Ulp.*

(4) *C.4,54*, De pact. inter empt. et vend. compos.

(5) *D. 18, 2*, De in diem addict.

zione risolutiva: il Digesto ugualmente vi consacra un titolo particolare (1).

In fine farem notare eziandio il patto che noi oggi chiamiamo impropriamente patto di ricompra, e che in sostanza non è altro che una sorta di clausola risolutoria, per la quale si conviene che il venditore potrà ricuperare la cosa rimborsando il prezzo in un certo termine: « *Ut sive venditor, sive, heredes ejus emptori pretium, quandocumque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur* (2) ».

Della rescissione della vendita
(De rescindenda venditione).

Un titolo particolare tanto del Digesto, quanto del Codice di Giustiniano è consacrato a questa materia (3).

Ma il digesto non tratta a dir vero che de'diversi casi, in cui la vendita è risoluta sia per effetto de' patti risolutivi che vi possono essere inseriti, sia per lo scambievole dissentimento delle parti, purchè questo dissentimento intervenga *dum res integra est*, o in altri termini *antequam fuerit res secuta*, cioè prima che la convenzione sia stata eseguita dall'una parte o dall'altra. La redibizione per causa dei difetti della cosa è anche una specie di risoluzione della quale abbiamo già fatto parola (qui sop. p. 163).

Nel Codice troviamo indicata la rescissione per causa di violenza (4), di dolo (5): ed in fine quella che più d'ogni altra cosa ha richiamata l'attenzione de'comentatori, e che ha dato luogo a più controversie: la rescissione per causa di lesione (6). Due rescritti degl'imperadori Diocleziano, e Massimiano sono i soli testi ove noi troviamo formolata quest' ultima causa, che riconosce senza dubbio la sua prima origine dalla natura delle azioni di buona fede (7); ma che nelle costituzioni degli imperadori, e per quel che si appartiene alla vendita prende un carattere preciso, ed al tutto particolare. Se il prezzo della vendita è basso (*minus pretium*), vi sarà luogo a rescissione: ma nondimeno il compratore ha la scelta di pagare ciò che manca al giusto prezzo (*justum pretium*) per vietare la rescissione. Ma qual è il punto ove è posto il limite? Questo punto è indicato in un modo preciso: il prezzo è vile quando è inferiore alla metà del vero valore che la cosa nel momento della vendita avea. « *Minus autem pretium esse videtur si nec dimidia pars veri pretii soluta sit* (8). Questo è quel che la nostra antica giurisprudenza chiamò lesione d'*outre moitie*, di oltre la metà. Del resto gl'interpetri non si accordano punto sulla estensione dei due rescritti: la loro disposizione era applicabile solamente alla vendita de'fondi, o anche alla vendita delle altre cose? alla lesione del solo venditore, o anche a quella del compratore? in fine essa era esclusivamente speciale pel contratto di vendita, o comune a tutt'i contratti onerosi di buona fede? I due rescritti parlano solamente di fondi, perchè tal'è il caso particolare sul quale rispondono gl'imperadori; ma la ragione di decidere è la medesima per ogni altra cosa venduta, ed uno de' rescritti pare anche cominciare con l'enunciazione del principio generale: *Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit* ». Finalmente sulle due ultime questioni non si può dissimulare, quantunque i testi del dritto romano non l'indichino, che il solo contratto di vendita, ed in questo contratto la sola parte del venditore presentano una circostanza degna di considerazione, cioè la possibilità che il venditore sia astretto dalla penuria, dal bisogno di danaro a disfarsi per qualunque prezzo della cosa, la quale ragione è sufficiente per non uscire dai termini della costituzione per quanto s' appartiene a queste due quistioni.

V. Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit. Quae tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto quod non habere ei liceat, ut consequatur quod sua interest deceptum non esse. Idem juris est si hominem liberum pro servo emerit.

5. Indarno si comprano i luoghi sacri o religiosi, e parimente i luoghi pubblici, come il foro, la basilica, sapendosi esser tali; ma se alcuno ingannato dal venditore li comprerà come luoghi

(1) *D. 18, 5*, De lege commiss.

(2) *C. 4, 54*, De pact. inter empt. et ven. *2*, const. Alex. — *D. 19, 5*, De praescript. verb. *12, f. Procul.*

(3) *D. 18, 5*, De rescind. vend. et quand. licet ab empt. discedere. *Uod. 4, 14*, De rescind. vend. *e 4, 45*. Quando licet. ab empt. discedere.

(4) *C. 4, 44*. De rescind. vend. *1, const. Alex. e 8 pr. const. Dioclet. et Maxim.*

(5) *Ivi 5, 8, pr.; e 10 const. Diocl. et Maxim.*

(6) *Ivi 2, e 8, const. Diocl. et Maxim.*

(7) *D. 17, 2*, Pro soc. *79, f. Paul.* — *16, 5*, De depos. *2, f. Paul.*

(8) *C. 4,44*, De rescind. vend. *2 e 8, in fin. Dioclet. et Maxim.*

profani, o privati in quel caso, perchè non gli è lecito aver la cosa, avrà l'azione di compra, affinchè sia compensato secondo l'interesse che avea di non essere ingannato. Il medesimo s'intende se egli avrà comprato un uomo libero credendolo schiavo.

Noi abbiam veduto (qui sop. p. 115) che in quanto alla stipulazione l'ignoranza di colui che stipula la dazione d'una cosa fuori commercio non gli giova a nulla: egli non può dimandare nè ciò che ha stipulato, perchè è impossibile a darsi, nè alcun'altra cosa, perchè non si può estendere il contratto che è di stretto dritto fuori de' suoi termini. Ma in materia di vendita che è contratto di buona fede, la cosa va altrimente. La vendita d'una cosa fuori commercio quando il compratore compra sapendo questo fatto è interamente nulla (1), ma quando il compratore l'ignora (*si ab ignorante emitur*; *si emptor ignoret*), è valida (2): non già in questo senso che la cosa fuori commercio possa validamente esser data ed acquistata al compratore, nè che il venditore possa domandarne il prezzo, ma nel senso che si dà l'azione di compra contro il venditore a vantaggio del compratore per l'interesse che questi avea a non essere ingannato: « *Ut consequatur quod interfuit ejus ne deciperetur* ». Questo è quel che chiaramente è spiegato nel nostro testo, ed anche in un paragrafo di Modestino nel Digesto (3).

Azioni relative al contratto di vendita.

Il dritto civile accettando dal dritto delle genti, ed elevando a contratto la semplice convenzione di vendita l'ha munita di due azioni che esclusivamente le son proprie; l'azione *empti*, o *ex empto*, e l'azione *venditi* o *ex vendito*, le quali son date una al compratore, e l'altra al venditore, e per le quali ciascuno di loro può chiedere giudiziariamente l'esecuzione di tutte le obbligazioni di qualunque maniera, che risultano dal contratto. Noi troviamo nel Digesto e nel Codice un titolo particolare consacrato a trattare di queste due azioni (4). Il loro carattere d'azioni di buona fede dando al giudice la facoltà di giudicare *ex aequo et bono*, *ex bona fide*, dà a queste azioni un'estensione illimitata che permette di comprendervi la domanda di tutti i risultamenti che il contratto può equamente produrre. Consegna della cosa, e delle sue dipendenze; pagamento del prezzo e degl'interessi quando son dovuti; garentia dell'evizione totale o parziale, garentia de' vizii occulti, o delle buone qualità dichiarate, o che si chiegga la redibizione del contratto, o solamente i danni-interessi; obbligazione pel venditore di fare per via di stipulazione le promesse volute dall'editto degli Edili; risponsabilità di ogni colpa da parte di ciascuno de'contraenti; esecuzione degli obblighi particolari, delle clausole e di tutti i patti che fan parte della vendita: in una parola tutte le conseguenze del contratto possono essere ottenute per l'azione *ex empto* dal compratore, e per l'azione *ex vendito* dal venditore. A queste azioni principali proprie del contratto, e che sempre han luogo si vuol aggiungere ancora.

Le azioni *ex stipulatu* (o secondo l'oggetto promesso le *condictiones certi*) risultanti dalle stipulazioni che le parti han potuto fare per occasione del contratto sì per effetto di convenzioni particolari, e sì per esecuzione delle ordinanze dell'editto edilizio sulla garentia dell'evizione, e dei vizî occulti della cosa (*duplae stipulatio*);

Le azioni per diminuzione di prezzo (*actio aestimatoria* o *quanti minoris*), e per rescissione della vendita (*actio redhibitoria*) create dagli Edili secondo che quì sopra abbiam detto al § 2. Queste due azioni eran limitate a certi brevi termini, differenti secondo i casi, ma per regola generale di un anno per l'azione *quanti minoris*, e di sei mesi per l'azione *redhibitoria* (5);

In fine l'azione *praescriptis verbis*, la quale può anche esser data per l'esecuzione de' patti accessorii aggiunti al contratto (6).

Queste diverse azioni quando concorrono insieme, ed inoltre le azioni *empti et venditi* che risultano sempre direttamente dal contratto non si escludono a vicenda,

(1) *D. 18*, De contrah. empt. *34*, § *1*, *f. Paul.*; e *22*, *f. Ulp.*; e *6*, *pr. f. Pomp.*

(2) *Ivi 4*, *f. Pomp.* e *70. Licin. Rufin.* Da quest' ultimo frammento risulta che anche nel caso che il venditore abbia ignorato esser la cosa fuori commercio (*inter ignorantes*) il contratto di vendita esisterebbe in questo senso che produrrebbe le sue azioni per far ottenere alle parti ciò che la buona fede richiede, secondo le circostanze.

(3) *Ivi 62*, § *1*, *f. Mod.*

(4) *D. 19*, *1*; e *C. 4*, *49*. De act. emp. et vend.

(5) *D. 21*, *2*. De aedil. edic. *19*, § *6*, *f. Ulp.*, *28. f. Gai*; *31*, § *22*; e *38*, *pr. f. Ulp.*; *55*, *f. Papin.* — *C. 4*, *57*. De aedil. action. *2*, *const. Gordian.*

(6) *C. 4*, *54*. De pact. int. vendit. *2*; *const. Alex.*

ma si danno cumulativamente ciascuna secondo la sua natura, in tal guisa però che niuno de' contraenti ottenga più di quel che gli è dovuto.

TITULUS XXIV.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

TITOLO XXIV.

DELLA LOCAZIONE (1).

Se nella convenzione intervenuta tra due parti una di esse si obbliga mediante un certo prezzo consistente in danaro non già di far avere all'altra una cosa come in proprietà (*praestare rem habere licere*); ma solamente di procurargliene l'uso o il godimento (*praestare re uti, re frui licere*); o di fare per lei de'lavori, o un'opera determinata, vi ha il contratto non più di vendita (*emptio venditio*), ma di locazione (*locatio conductio*). Quegli che dee dare la cosa locata generalmente si chiama *locatore*, quegli che dee riceverla *conductor*; ed il prezzo *merces*. È manifesto che questa convenzione ha la più gran somiglianza con quella della vendita. Questa somiglianza si mantiene nelle regole di dritto che governano questi due contratti secondo che il nostro testo ne mostrerà. Derivati dal dritto delle genti, accolta dal dritto civile così la convenzione di locazione, come quella di vendita produce pel solo effetto del consentimento tra ciascuna delle parti diverse obbligazioni che debbono esser determinate secondo l'equità (*ex aequo et bono*), ed è munita di due azioni speciali (*actio locati, actio conducti*): una per ciascuna parte. Ciò che riguarda il consenso, e l'invenzione di Giustiniano per rispetto alle vendite che le parti convenissero di ridurre in iscritto si applica ugualmente alla locazione (2).

Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio et venditio ita contrahitur si de pretio convenient, sic et locatio et conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta est, et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

La locazione è simile alla vendita e si regge colle medesime regole di diritto. Perchè siccome la vendita si contrae convenendo del prezzo, così la locazione s'intende contratta quando si è stabilita la mercede, ed al locatore compete l'azione di locazione, al conduttore quella di conduzione.

Gli oggetti di obbligazione nel contratto di locazione sono: da una parte l'oggetto da locare, e dall'altra il prezzo che se ne dee pagare.

L'oggetto da locare può esser di diversa natura: o una cosa *res*, di cui si dee dare al conduttore l'uso o il godimento; o dei lavori o servigi (*operae*), che una delle parti si obbliga di fare per l'altra, come sarebbe, sopraintendere alla casa, alle scuderie, coltivare un campo, guidare un cocchio, una nave a tanto per mese o per anno; o finalmente un'opera qualunque (*opus*), che una delle parti si obbliga di eseguire e di fare per l'altra mediante un prezzo determinato: per esempio edificare secondo il disegno stabilito una casa, condurre la tal nave nel tal luogo, fare la tale raccolta: 1° *locatio conductio rerum*, locazione delle cose, 2° *locatio-conductio operarum*, locazione de' servigi. 3° *locatio-conductio operis*, locazione di un'opera da eseguire. Oltre ai nomi generici di *locator*, *conductor*, *merces* alcune denominazioni particolari sono applicabili, spezialmente a queste diverse specie. Così il locatore di una casa si chiama spesso *inquilinus*, quello di un podere *colonus*: ed il prezzo di affitto nell'uno e nell'altro caso chiamasi *pensio reditus* (3). In quanto alla locazione de' servigi (*operarum*) i nomi ordinarii non cambiano: quegli che presta i servigi è il *locator*, e quegli che li riceve e li paga è il *conductor*. Ma riguardo alla locazione d'un'opera per intrapresa (*operis*) questi nomi sono frequentemente invertiti: se si ha in considerazione il lavoro dell'intraprenditore essi rimangono nell'ordine precedente: l'intraprenditore è il locatore (*locator operarum*), e quegli che lo paga il locatario (*conductor operarum*). Ma più di frequente i giureconsulti romani prendono in considerazione l'opera, l'operazione stessa (*opus*), ed allora dicono dell'intraprenditore ch'egli ha tolta ad affitto l'opera (*opus conduxit*) (4). Adunque quegli che fa fare l'opera è il *locator operis*, e l'intraprenditore è il *conductor*, e talvolta chiamasi anche *redemptor*

(1) *Gai, com. 3*, §§ *142*, *e seg.* — *Paul. sent. 2, 18.* De loc. et conduc. — *D. 19, 2.* Loc. cond. *C. 4, 65*, De Loc. conduct.

(2) *C. 4, 21.* De fid. instrum. *17, const. Just.*

(3) *D. 19, 2.* Locat. cond. *24*, §§ *1, 2, e 4, f. Paul.* — *25*, §§ *1, e 2, f. Gai*, — *5, e 9*, § *6, f. Ulpian.*

(4) *D. 19, 2.* Locat. cond. *11*, § *3, e 13*, §§ *1, 3, f. Ulp.*; *25*, § *7, f. Gai*; *59, f. Javolen.* — *19, 5.* De praescript. verb. *1*, § *1, f. Papin.*

operis (1). Del rimanente queste diverse specie di locazioni differiscon tra loro non solo nel nome, ma quel che è più, nella loro natura, e negli effetti.

Il prezzo della locazione *merces* detto talvolta anche semplicemente *pretium* (2) dee essenzialmente esser determinato (*certum*), e consistere in una somma di danaro, come nella vendita.

I. *Et quae supra diximus, si alieno arbitrio pretium promissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intelligamus, si alieno arbitrio merces promissa fuerit. Qua de causa si fullonii pulienda, curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus quantum inter eos convenuit, non propria locatio et conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio praescriptis verbis datur.*

1. E quel che di sopra si è detto pel caso che fosse posto nella volontà di un altro il dar prezzo alla cosa, il medesimo intendiamo aver detto della locazione, se sarà messa la mercede all' altrui giudizio. Per la qual cosa se alcuno darà a tignere una sua veste al tintore, o a cucire al sartore, non facendosi altrimenti menzione della mercede, ma col patto di dare dopo il fatto quanto essi insieme s' accorderanno, non s' intende che questa sia propriamente locazione, ma si dà per questo fatto l'azione *praescriptis verbis*.

Qua de causa: questo *qua de causa* preso dalle Istituta di Gaio (3) non si lega bene a quel che precede. Il senso è che il prezzo debb'esser determinato, e che per conseguente se le parti si son rimesse su questo punto l' una all'altra, salvo a far conto più tardi, non vi ha contratto di locazione.

II. *Praeterea, sicut vulgo quaerebatur an permutatis rebus emptis et venditio contrahitur, ita quaeri solebat de locatione et conductione si forte rem aliquam tibi utendum, sive fruendam quis dederit, et invicem a te aliam rem utendam, sive fruendam acceperit. Et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. Veluti si, cum unum bovem quis haberet, et vicinus ejus unum, placuerit inter eos ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum has periit neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum; verum praescriptis verbis agendum est*

2. Oltre a ciò siccome si facea quistione se cambiate le cose una per l' altra, si contraesse vendita, così parimente si volea far quistione intorno alla locazione, nel caso che alcuno ti avesse dato qualche cosa per usare o fruire, togliendo all' incontro da te qualch' altra cosa per usarne e fruirne egli. E piacque che non fosse locazione, ma una propria sorta di contratto, così se qualcuno avesse un bue, ed il suo vicino un altro, e fosse piaciuto prestarseli l' uno all' altro per dieci giorni per poter lavorare, ed intanto l' un bue si fosse morto presso di uno di loro, non compete azione di locazione, nè di commodato, perchè non fu imprestito gratuito, l' azione *praescriptis verbis*.

Noi abbiamo qui come nel cambio una di quelle convenzioni che non producono per se stesse legame alcuno. Ciò che fa nascere delle obbligazioni è un'operazione da eseguirsi di fatto tra le parti, è il cominciamento di esecuzione per parte dell' una o dell' altra. Noi ne tratteremo più tardi.

Dell' enfiteusi (*emphyteusis*), e del dritto di superficie (*superficies*).

III. *Adeo autem aliquam familiaritatem inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio, ut ecce de praediis quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id praedium vendiderit aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quoquo modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est quae emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam; et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si natura talis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum; sin particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire. Quo jure utimur.*

3. La vendita ha cosiffatta affinità con la locazione, che si suole in certi casi dubitare se si è contratta vendita, o locazione, come sarebbe dei poderi i quali sono ad alcuni dati in perpetuo ad usarli, cioè che fino a tanto che sarà dato al padrone di quei poderi rendita o pensione, non sia lecito torli a colui che gli ha, nè al suo erede, nè eziandio a colui al quale gli avrà il conduttore o il suo erede venduti o donati, dati in dote, o in qualunque altro modo alienati. Ma perocchè cosiffatto contratto era da alcuni degli antichi tenuto locazione, e da altri vendita, fu fatta la legge di Zenone, per la quale si diè al contratto di enfiteusi una sua propria natura che non inchina nè a locazione, nè

(1) *Ivi 30*, § *3*, *f. Alfen.*; *51*, § *1*. *f Javol.*; *60*, § *8*, *f. Labeon.* — *6 e 1*, Rei vind. *59*, *fragm. Ulpian.*

(2) *D. 19*, *2*, Loc. cond. *28*, § *2*, *f. Labeon*, e *51*, § *1*, *f. Javolen.* — Il prezzo della mano d'opera nella *locatio operis* può ricevere il nome particolare di *manupretium*. — *Ivi 30*, § *3*, *f. Alfen.*

(3) *Gai. Com. 3*, § *143*.

a vendita, ma ha certi suoi patti particolari, che la distinguono. E se sarà fatto tra i contraenti qualche patto, debb' essere fermo come se tal fosse la natura del contratto. Ma se non si sarà fatto patto alcuno de' pericoli che avvengono alla cosa, in quel caso se il tutto perisce, il danno è del padrone che dette la cosa, ma se la perdita sarà parziale, il danno sarà di colui che avrà preso ad enfiteusi; la qual cosa oggi è in uso.

In questo paragrafo si tratta d'una specie particolare di dritto che dai primi tempi di Roma in fino a' nostri dì attraverso alle vicende dei governi, della proprietà pubblica, e privata, e considerato sotto la triplice relazione della storia, dell'economia sociale, o della pura scienza del dritto, offre costantemente un alto interesse. Esso si connette per la sua origine all'*ager publicus* dell'antica Roma, alle possessioni de' patrizi su questi campi, alle lotte agrarie, in una parola a tutte le memorie che destano queste parole: *ager publicus*. Esso anche più strettamente si rannoda all'*ager vectigalis* delle colonie, dei municipi, delle diverse città, de' collegi sacerdotali, ed alle locazioni di lungo tempo che se ne facevano; parimente a' diversi beni dell' imperadore *patrimoniales fundi*, *fundi rei privatae*, *fundi fiscales*, e al modo più usuale secondo il quale il fisco li facea fruttare. In fine da' beni dello stato, dei comuni, delle corporazioni, o del fisco questo dritto si estende e giunge a' beni de' privati.

La parola enfiteusi (*emphyteusis*), e gli aggettivi che vi si riferiscono (*emphyteuticum praedium*) comparisconо assai tardi nelle costituzioni del Basso-Impero, come qualificazione piuttosto occasionale, che esclusiva (1); e la nozione del dritto in se medesimo sta gran tempo a determinarsi precisarsi e formolarsi. Gaio nelle sue Istituta nel paragrafo che è l' origine di quello del nostro testo (2) non parla ancora, che delle locazioni perpetue, dell'*ager vectigalis* dei municipii. Ecco in che modo è proceduta la cosa: da prima lo Stato, e di poi le città, le corporazioni, i proprietarii di vaste tenute non potendo coltivarle da se stessi, nè farle coltivare per mezzo di mandatarii cercano, come il miglior modo di coltivazione di darle a lungo affitto, e di farsi una rendita fissa e periodica. In secondo luogo queste terre essendo in gran parte incolte ed avendo bisogno per poter dare dei frutti, che il coltivatore vi stia sopra, le lavori, e migliori come sua propria cosa, come patrimonio di famiglia; i fatti tendono a far riconoscere a favore di lui un dritto su queste terre, il quale senza distruggere il dritto di proprietà dello Stato o delle corporazioni, gliene trasferisce in gran parte i vantaggi. Sotto l'impero di questi bisogni, e di questi istinti economici il dritto del concessionario a poco a poco si va determinando, si svolge, e diviene un dritto particolare che ha una sua propria e particolar natura, ed infine un suo nome speciale *emphyteusis*. Lo stesso nome riguardato nella sua greca etimologia ἀπὸ τοῦ ἐμφυτεύειν piantare, innestare, rivela abbastanza l' origine e la destinazione del dritto. In quanto al genere di convenzione che regola tra le parti siffatto stabilimento, e le sue condizioni, essa da prima non è che una locazione, ma a misura che il dritto del concessionario si separa da quello del locatario ordinario, che prende dalla proprietà la più gran parte dei suoi vantaggi, e che si produce come un dritto reale, sorge il dubbio se il contratto da' quale deriva il suo stabilimento sia una vendita. Vendita, o locazione, è mestieri che sia o l'uno o l'altro; poichè non può altrimenti essere obbligatorio, che per uno di questi due titoli; il dritto civile non ha altro contratto che vi si avvicini, e non ne inventa de' nuovi: il suo catalogo è chiuso (3). Bisogna giungere fino a Zenone per trovar questa convenzione elevata ad un contratto particolare, rivestita di un'azione sua propria, ed aggiunta al numero de' contratti consensuali del dritto civile tra la vendita, e la locazione, perchè non si vuol far perdere il posto che ha occupato sotto l'una o l'altra di queste denominazioni. Tutto questo non si è immaginato in un sol tratto, ma è il tardo prodotto del tempo, e de' fatti. Questo stabilimento è passato di poi dallo Stato e dalle corporazioni ai privati, allorchè da una parte si son trovate riunite in una sola mano privata delle vaste estensioni di terra (*latifundia*) che formavano qualche volta una gran parte di un inte-

(1) *C. 5, 6.* De praed. minor. *13, const. Diocl. et Maxim.* — *11, 61.* De fund. patrim. *7, const. Gratian. Valentin. et Theod.* — Ved. nondimeno *D. 27, 9.* Reb. eor. qui sub. tut. *3*, § *4*, *f. Ulp.* Non vi è qui aggiunzione di Triboniano?

(2) *Gai, com. 3,* § *145.*

(3) Sotto Gaio l'opinione predominante, ci dice questo giureconsulto a proposito dell'*ager vectigalis*, era che il contratto di concessione di quest' *ager* fosse una locazione: « *Sed magis placuit locationem conductionemque esse* ». Comm. 3, § 145.

ra provincia; e dall'altra parte l'abbandono dell'agricoltura, le miserie de' tempi, ed il peso delle imposizioni han lasciata la maggior parte di queste terre deserte, incolte, e senza prodotto. Finalmente il dritto enfiteutico dalle terre che sono il primo e principale oggetto di questa istituzione, è passato eziandio agli edifizii (1).

L'enfiteusi nel fatto pare che si presenti sotto un doppio aspetto, come un composto: 1° di un dritto reale; 2° di obbligazioni che legano una persona ad un'altra. Da questo principalmente vengono le varietà, e le confusioni delle definizioni che se ne son date. Per chiarir questa materia è da distinguere accuratamente il dritto reale dal dritto personale.

Come dritto reale l'enfiteusi (*emphyteusis*) è uno smembramento particolare del dritto di proprietà. Chiamasi enfiteuta (*emphyteuta*, e qualche volta *emphyteuticarius* (2) prima detto *conductor*) quegli a cui si da questo smembramento; e *praedium emphyteuticum* (prima detto *ager vectigalis*) l'immobile che ne è l'oggetto. Nonpertanto il padrone che smembra e divide per tal modo la sua proprietà rimane tuttora *dominus*. Questo smembramento è anche più esteso che quello dell'usufrutto. L'enfiteuta ha non solamente il dritto di ritrarre tutti i servigi e tutt'i frutti dalla cosa, ma egli è possessore, i frutti gli sono attribuiti per la sola separazione dal suolo, egli può disporre della sostanza della cosa, e farvi tutte le modificazioni che gli piace, purchè non la deteriori. Egli può alienare il suo dritto, e trasferirlo ad altri o nel tempo di sua vita, o anche per quello della sua morte, sempre però con certe riserve o condizioni in favore del proprietario. Finalmente questo dritto non finisce come quello d'usufrutto con l'enfiteuta, ma passa ereditariamente a' suoi successori testamentarî, o ab intestato. Nondimeno diversi avvenimenti possono farlo estinguere: come sarebbe il consenso delle parti, la perdita totale della cosa, il decorrimento del termine, quando è stato costituito a tempo, la morte dell'enfiteuta senza eredi nè legittimi nè testamentarî, e soprattutto alcune cause di decadenza nelle quali egli può incorrere.

Quanto alle obbligazioni che legano personalmente l'enfiteuta, la principale è di pagare alle epoche periodiche stabilite una rendita che dicesi *pensio* o *canon*. Questa obbligazione non cessa nè si scema per la sterilità, nè per gli accidenti di forza maggiore che hanno impedito o distrutto la raccolta, nè anco per le perdite parziali della cosa medesima. Perchè l'obbligazione cessi vi debb'essere perdita totale. Siccome l'obbligazione è personale all'enfiteuta, s'egli vuol trasmettere il suo dritto ad altri che a' suoi eredi per modo che egli si trovi liberato, ed il nuovo enfiteuta succede alla sua obbligazione, non può altrimenti farlo che col consenso del proprietario. I proprietarii solevano farsi pagare questo consenso nelle mutazioni, e quest'uso fu di poi trasmutato in dritto, ed ordinato da Giustiniano, il quale ne determinò le forme, e fissò alla cinquantesima parte del prezzo del valore estimativo dell'enfiteusi la somma da pagarsi al proprietario in ciascuna alienazione (3). Inoltre è dato al proprietario in caso di vendita un dritto di preferenza altrimenti detto dritto di retratto, se egli ami meglio tener la compra per suo conto.

Il dritto d'enfiteusi, dritto reale, smembramento esteso della proprietà si concepisce molto bene per lo spirito d'analisi indipendentemente da ogni obbligazione al pagamento di un canone; e per essere esatti, bisogna accuratamente distinguerlo da essa. Si comprende eziandio che in fatto il dritto si potè produrre a questo modo: per esempio se fu stabilito per un prezzo pagato in una sola volta, o per pura liberalità. Ma storicamente, e secondo la sua destinazione economica, esso apparisce accompagnato dall'obbligazione del canone. Anche nel caso di concessione gratuita per quanto minimo sia il canone, il proprietario sempre ne impone uno se non per altro, per un segno del suo dritto di proprietà.

Quanto ai fatti generatori che possono dar nascimento sia al dritto reale di enfiteusi, sia alle obbligazioni che l'accompagnano, i contratti, le donazioni, i legati, la prescrizione si presentano come possibili in teoria. Ma hanno avuto tutti questi un' applicazione pratica presso i Romani? questa è un'altra quistione. Il nostro testo parla sufficientemente del contratto particolare destinato specialmente, ed usualmente a questo effetto, che una volta fu

(1) *D. 39, 2.* De damno infect. *15, § 26, f. Ulpian.* — *Nov. 7, c. 5, § 2; e nov. 120, c. 1, § 2. Justinian.*

(2) *C. 4, 66.* De jur. emphyt. *1, const. Zenone.*

(3) Questo prezzo è stato di poi chiamato *laudemium* probabilmente da *laudare* domandare, o dare assentimento, consentire: donde la voce francese *allouer*, e i *lods, e ventes* del nostro vecchio diritto.

la vendita, o la locazione secondo le diverse opinioni, e di poi fu rivestito da Zenone di una propria esistenza, d'un nome e d'un' azione esclusivamente propria, e tuttavia annoverato ancora nel numero dei contratti consensuali del dritto civile. Ma anche qui si vuol accuratamente distinguere tra il dritto reale e le obbligazioni, e non si dee perder di vista questo principio, che l' unica destinazione de' contratti è di produrre delle obbligazioni tra i contraenti. Adunque il contratto relativo allo stabilimento d'un enfiteusi non ha altro effetto. Perchè sorga il dritto reale vi è mestieri di altri mezzi di stabilimento cioè, al tempo di Giustiniano, della quasi tradizione (1).

La sorte dell' enfiteusi nelle trasformazioni storiche della società de' governi europei fino a' dì nostri, ed i suoi diversi riflessi nelle istituzioni feudali, e consuetudinarie sono oggetti curiosi a studiare.

Il dritto di superficie (*jus superficiarium*, o solamente *superficies*) ha una grande analogia con l'enfiteusi, ma non pertanto manifestamente se ne distingue. Può intervenire che il proprietario d' un terreno conceda ad un' altra persona, ma solamente sulla superficie (*superficies*), cioè sopra qualunque costruzione elevata sul suolo un dritto reale somigliante a quello che ha l'enfiteuticо. Il superficiario (*superficiarius*) ha per questo modo in quanto alla superficie uno smembramento esteso della proprietà. Questa concessione gli può esser fatta gratuitamente, o a titolo oneroso, col peso di pagare in una sola volta una somma, ovvero una pensione periodica (*solarium*, *pensio*). Per cosiffatte convenzioni non vi ha un contratto particolare, ma solamente i contratti ordinari. Questo dritto, e la protezione che gli si presta, sono d' origine pretoria (2).

IV. *Item quaeritur, si cum aurifice Titius convenerit ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae annulos ei faceret, et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio, an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem; sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. Quod si suum aureum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est quin locatio et conductio sit.*

4. Simigliantemente si ricerca se Tizio si sarà convenuto con un orefice, che questi gli faccia del suo oro anelli di un determinato peso e forma, per dieci monete d'oro per esempio, se questa sia vendita o locazione? Cassio disse che per la materia si contrae vendita, e per l' opera locazione. Ma è piaciuto che sia vendita. Che se poi Tizio avrà dato il suo oro fissando la mercede per l' opera, non è dubbio che ciò sia locazione.

Effetti del contratto di locazione

Gli effetti del contratto consistono nelle scambievoli obbligazioni, che per esso son imposte alle parti.

Nella locazione di cose (*locatio-conductio rerum*) l' obbligazione principale del locatore è di dare la cosa al locatario per l'uso, o pel godimento convenuto durante tutto il tempo stabilito. I giureconsulti romani per meglio diffinire il carattere di questa obbligazione hanno una maniera di esprimersi somigliante a quella adoperata per la vendita: il locatore dee procurare (*praestare*) al locatario *re uti licere*, o *re frui licere* (3), il che comprende la necessità di garentirlo contro le molestie e le conseguenze dell'evizione. Egli è tenuto inoltre di rimborsargli, sempre *ex aequo et bono* le spese necessarie ed utili fatte per la cosa (4). L'obbligazione del locatario (*conductor*) è di pagare il prezzo dell' affitto ne' termini stabiliti (5), e di rendere la cosa al fine dell'affitto (6). Nondimeno egli avrebbe il dritto di ottenere *ex aequo et bono* una diminuzione proporzionata dell' estaglio se qualche fortuito avvenimento, e di forza maggiore avesse fatto mancare, o perire la raccolta, o una parte considerevole de' frutti (*plus quam tolerabile est*) (7). Un punto importante a notare è che nel dritto romano il contratto di locazione non è stato mai riguardato come origine

(1) Qui si può rinnovare la controversia esposta *V. 1, p. 208, nota 1* per lo stabilimento dei diritti di servitù e di usufrutto. — Ved. su tutta la dottrina che noi abbiamo esposta intorno all'enfiteusi: Dig. 6, 3. *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur.* — C. 4, 66. *De jure emphyteutico.* — Nov. 7, c. 3. *Quomodo emphyteusis ecclesiasticarum rerum contrahi permittitur.* — Nov. 120. *De alienatione et emphyteusi et locatione. . . . rerum sacrarum.*

(2) *D. 43, 8.* De superfic.

(3) D. 19, 2. *Locat. cond.* 9, pr. f. Ulp. *Pomponius ait nihilominus eum teneri ex conducto ei qui conduxit:* « UT EI PRAESTETUR, FRUI QUOD CONDUXIT LICERE ». — Ivi 15, § 1, f. Ulp.; 24, § 4, f. Paul.

(4) *Ivi, 55, § 1, f. Paul.; 61, pr. f. Scaev.*

(5) *Ivi 54, pr. fr. Paul.*

(6) *Ivi 48, § 1, f. Marcel.*

(7) *Ivi 15, §§ 2, a 7, f. Ulp.—25, § 5, f. Gai.*

o causa del trasferimento di un dritto reale. La consegna della cosa a titolo di locazione non conferisce al locatario (*conductor*) alcun dritto di tal natura; egli non ha neppure il possesso della cosa, perciocchè egli la ritiene per conto del proprietario, e come suo strumento. Tutti i suoi diritti si riducono a quelli che son prodotti dal contratto: cioè a dritti di credito contro il locatore. Oggi si disputa se questa teoria sia ben fondata, se non sia proprio della natura della locazione considerata secondo le idee veramente razionali, o almeno secondo i principii del nostro Codice, di esser l'origine di un dritto reale particolare. Ma il dritto romano è in tutto lontano da questa maniera di vedere.

In ogni spezie di locazione sia di cose, sia di servigi, sia di esecuzione di un'opera (*operis*) i contraenti sono vicendevolmente risponsabili tra loro non solamente della frode, ma eziandio di ogni colpa. Essi debbono adoperare nell'esecuzione de'loro obblighi non già quella cura che abitualmente sogliono usare ne' propri affari, ma la cura di un diligente padre di famiglia (1). Del rimanente le parti possono nella locazione del pari che nella vendita modificare le regole ordinarie del contratto per via di patti accessorii (*lex, leges conductionis*); ovvero far intervenire delle stipulazioni. Il paragrafo che segue si riferisce all'osservanza di coteste clausole, o patti accessorii, ed alla risponsabilità delle colpe.

V. *Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet; et si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. Qui pro usu, aut vestimentorum aut, argenti, aut jumenti mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualis diligentissimus pater familias suis rebus exhibet; quam si praestiterit, et aliquo casu eam rem amiserit, de restituenda ea re non tenetur.*

5. Il conduttor debbe fare ogni cosa secondo il patto della conduzione, e se nel patto sarà pretermessa qualche cosa, debbe farla secondo il dovere e l'onesto. Chiunque promise, o dette mercede per usar vestimenta, o argento, o giumenti, è tenuto ad aver la cura a quella cosa, quale avrebbe ogni diligentissimo padre di famiglia alle sue proprie cose, s' egli avrà avuta tal diligenza, nondimeno la cosa per un caso fortuito si perda, non sarà tenuto a restituirla.

Estinzione del contratto di locazione

La locazione delle cose finisce regolarmente allo spirare del tempo convenuto (*impleto tempore conductionis*) salvochè le parti non abbiamo rinnovato l'affitto; il che si reputa esser fatto tacitamente, quando il locatario continua a rimanere in locazione, sapendolo il locatore (*remansit in conductione*); allora vi ha quel che noi diciamo tacita riconduzione, « *taciturnitate utriusque partis riconduxisse videtur* », dice Ulpiano: ed in un rescritto imperiale si legge: « *tacito consensu eamdem locationem renovare videtur* (2) ». Se il locatore aliena la cosa locata senza imporre all'acquirente l'obbligazione, l'affitto, e senza cedergli relativamente a questo i suoi dritti, la locazione finisce in questo senso, che nè l'acquirente da un lato, nè il locatario dall'altro sono astretti di mantenerlo. Essi non han contratto tra loro, per conseguenza non son legati l'uno all'altro ». *Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit: nisi ea lege emit* (3) ». Ma il locatario espulso dal nuovo acquirente ha il suo regresso pei danni-interessi contro il locatore, o i suoi eredi (4), e questo principio si applica eziandio nel caso di legato (5). Vi ha inoltre alcune cause particolari, per le quali l' una o l'altra delle parti può far rescindere il contratto: per esempio se il locatario è stato due anni senza pagare il prezzo dell'affitto (6); s'egli abusa della cosa (*male in re locata versatur*); se il proprietario prova ch'egli ne ha indispensabilmente bisogno per se stesso (7); o se il locatario dall' altro lato è impedito di ritrarre dalla cosa l'utilità convenuta (8). Queste differenti regole sulla estinzione, o rescissione del contratto di locazione non sono applicabili alla locazione de' servigi, o di un o-

(1) D. 13, 6, *Commod.* 5, § 15, in fin. f. Ulp.— 19, 2. *Locat. cond.* 25, § 7. « *Culpa autem abest si omnia facta sunt quae diligentissimus quisque observaturus fuisset* ». f. Gai. — C. 4, 65. *De locat. et conduct.* 28, const. Dioclet. et Maxim. « *In judicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat* ».

(2) *D. 19*, 2. Locat. conduct. *13*, § *11*; *e 14*, *fragm. Ulpian.* — *Cod. 4*, *65*. De locat. et conduct. *16*, *const. Valer. et Gallian.*

(3) *C. ivi 9*, *const. Alex.*

(4) *D. 19*, 2. Locat. cond. *23*, § *1*, *f. Gai.*

(5) *Ivi 32*, *f. Julian.*

(6) *D. 19*, 2. Locat. cond. *54*, § *1*; *e 56*, *f. Paul.*

(7) *C. 4*, *65*. De locat. et cond. *5*, *const. Antonin.*

(8) *D. 19*, 2. Locat. cond. *15*, § *7*, *f. Ulp.*; *e 27*, § *1*, *f. Alfen.* — *24*, § *4*, *f. Paul.*; *e 60*, *pr. f. Labeane.*

pera, se non con le modificazioni richieste dalla natura particolare di queste varietà del contratto.

VI. *Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres ejus eodem jure in conductione succedit.*

6. Morto il conduttore durante l' affitto, l'erede gli succede nella locazione, col medesimo diritto.

Nè la morte del locatario (*conductor*), nè quella del locatore (*locator*) pongono fine al contratto (1). L'erede continua la loro persona, e succede sì alle loro obbligazioni, come a' loro crediti; or nulla impedisce nella natura della locazione che siffatta successione abbia luogo. Ma questo si applica solamente alla locazione delle cose: per quella de' servigi (*operarum*) il contratto finisce per la morte di colui che ha locato il suo lavoro, perchè con lui perisce ancora la cosa locata. Lo stesso è della morte dell' intraprenditore nella locazione d'una opera da eseguirsi (*operis*).

Azioni relative al contratto di locazione

Le azioni che nascono dal contratto stesso di locazione sono: l'azione *locati* pel locatore (*locator*), e l' azione *conducti* pel locatario (*conductor*). Azioni di buona fede, le quali per l'estensione che da tal carattere procede, servono a domandare tutti i risultamenti di qualunque maniera, che secondo l'equità (*ex aequo et bono*) derivano dal contratto, o da' suoi patti accessori. Se le parti abbiano garentito per via di stipulazioni alcuna delle loro obbligazioni, hanno eziandio le azioni che nascono da siffatte stipulazioni.

Noi troviamo nell' editto del pretore un'azione, ed alcuni particolari interdetti che si riferiscono alla locazione de' beni rustici o delle case, e che hanno per iscopo non già l'adempimento de' diritti personali di obbligazione risultanti dal contratto, ma l'esercizio di taluni diritti reali dati per garentire l' esecuzione di cotali obbligazioni. Per la locazione del beni rustici: 1°. L'azione Serviana (*Serviana actio*) introdotta dal pretore Servio, azione reale (*in rem*), per mezzo della quale il locatore d' un fondo rustico persegue o contro il fittaiuolo, o contro qualunque terzo detentore gli oggetti del fittaiuolo spezialmente obbligati al pagamento dell'estaglio, per ottenerne la restituzione se non si preferisce di pagare (2). Questa azione è notabile per esser l'origine dell'azione ipotecaria. 2° L'interdetto Salviano (*interdictum Salvianum*) introdotto dal pretore Salviano, per mezzo del quale il locatore d'un fondo rustico persegue i medesimi oggetti, per farsene attribuire il possesso (*adipiscendae possessionis causa*) (3). Quest'azione, e quest'interdetto sono esclusivamente proprii alla locazione de' fondi rustici, ed è da notare che non si applicano a tutte le cose apportate dal fittaiuolo nel fondo, ma solamente a quelle che per ispezial convenzione sono state obbligate, non che ai frutti del fondo medesimo. Quanto alla locazione delle case, l'azione Serviana vi si estese più tardi sotto la qualificazione di azione utile, o di azione quasi Serviana o ipotecaria (*quasi Serviana*, *hypothecaria actio*), ed essa fu applicata a tutti gli oggetti introdotti dal locatario nella casa, i quali oggetti si consideravano come tacitamente obbligati per la garentia della pigione (4). Dall'altro lato il locatario d'una casa che ha pagato ciò che deve a titolo di fitto, e adempiute tutte le sue obbligazioni, ha contro il locatore un interdetto speciale, il cui testo ci è conservato nel Digesto: l'interdetto *de migrando* per fare che il locatore non lo impedisca di uscire con tutti gli oggetti che gli appartengono (5).

Il contratto formato per lo stabilimento d'un'enfiteusi produce, dopo la costituzione di Zenone, a vantaggio sì dell'una che dell'altra parte un' azione particolare *actio emphyteuticaria*, per la quale possono domandare l'una contro l'altra l'esecuzioni delle obbligazioni che han contratte. Stabilito che sia una volta il diritto reale di enfiteusi, benchè l'enfiteuta non sia proprietario, gli si danno per la protezione di questo diritto, ma solamente come *azioni utili*, le azioni attribuite ordinariamente al proprietario (*utilis vindicatio*, *utilis Publiciana*, *utilis confessoria vel negatoria*), etc.; ed egli può esercitar questa vindicazione utile, anche contro il proprietario. Il diritto romano,

(1) *C. 4, 65*, h. t. *10, const. Gordian.* — *D. ivi 19, § 8, f. Ulp.; e 32, f. Julian.*
(2) Qui appresso *lib. 4, tit. 6, § 7.*
(3) Qui appresso *lib. 4, tit. 15, § 5*, — *Gai, com. 4, § 147*, — *D. 43, 33; e C. 8, 9*, De Salviano interdicto.
(4) *D. 20, 2.* In quibus causis pign. *4, f. Nerat.* — *C. 4, 65*, De locat. et conduct. *5, const. Alex.*
(5) *D. 43, 32*, De migrando.

in fatti, non ha mai distinto precisamente il diritto reale d'enfiteusi, come può e come dee farlo la scienza analitica, e non lo protegge che per via di mezzi indiretti, per assimilazione alla proprietà.

Il medesimo favore era parimenti dato al superficiario (1).

TITULUS XXV. DE SOCIETATE.

TITOLO XXV. DELLA SOCIETÀ (2).

Più persone possono convenire che vi sia tra loro una certa comunione di beni. Questa convenzione la quale da principio dovè sorgere come un'operazione messa in esecuzione dalle parti, secondo che è indicato dalle locuzioni *in societatem coire*, non tardò molto ad essere ammessa dal diritto civile romano come obbligatoria pel solo consenso delle parti. Essa quindi è annoverata tra i contratti consensuali sotto il nome di contratto di società (*societas*), e produce tra gli associati delle obbligazioni reciproche (*ultro, citroque*) che debbono esser valutate secondo la buona fede (*ex aequo et bono*); e che sono non già distinte in due diversi ordini, come nella vendita, e nella locazione, ma della medesima natura per tutti. Sicchè i contraenti portano tutti lo stesso nome: socii (*socii*), ed il contratto è munito d'una sola e medesima azione, dell'azione *pro socio*, la quale si dà a ciascuno di loro. La società si può distinguere in più spezie secondo la natura o l'estensione de' beni, che ne formano l'oggetto.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum emendorum, vendendorumque, aut olei, vini, frumenti, emendi, vendendique.

Noi sogliamo far società di tutti i beni, la qual società i Greci chiamano κοινοπραξίαν, o di qualche faccenda particolare, come sarebbe di comprare e vendere schiavi, o di comprar, o vendere olio, vino, o frumento.

Questo testo tratto dalle Istituta di Gaio indica la divisione principale delle società in due classi: secondochè sono universali, o particolari. Ma ci si presentano delle suddivisioni, e se vogliamo attenerci a quelle indicate da Ulpiano, avremo a distinguer cinque specie di società:

1° *Societas universorum bonorum*: Società universale di tutt'i beni, per la quale tutt'i beni de' contraenti in qualunque modo loro sieno pervenuti, o pervengono, purchè ciò sia in un modo lecito, son messi in comune. Questa tal società produce questo notabile effetto, che all'istante medesimo del contratto, senza niuna tradizione la proprietà, e i diritti reali, che ciascun socio avea, si rendono comuni a tutti. « *In societate omnium bonorum omnes res, quae communium sunt, continuo communicantur; quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire* (3) ».

2° *Societas universorum, quae ex quaestu veniunt*: Società universale di tutti i guadagni, o per usare una parola che più si accosta all'origine latina, società universale degli acquisti (*quaestuum*). Il che comprende tutti i guadagni provegnenti da atti, e da operazioni qualunque di socii, purchè sieno leciti: » *Quaestus enim intelligitur*, dice il giureconsulto Paolo, *qui ex opera cujusque descendit* »; per esempio da compre vendite, da locazioni, o da altri atti, ma non da eredità, legati, o donazioni, perciocchè in questi casi non vi ha l'opera del socio. Quando le parti non han determinato nulla, si reputa sempre che le parti abbian contratta questa spezie di società (4).

3° *Societas negotiationis alicujus*: formata per qualche determinato negozio, come il nostro testo lo spiega.

4° *Societas vectigalis* per l'appalto delle pubbliche entrate (*vectigal*); il che non è altro che una particolarità della precedente società, della quale se n'è fatta una specie a parte, perchè contiene alcune regole speciali.

5° *Societas rei unius*: quando un solo, ovvero alcuni determinati oggetti son messi in comune (5). Ma la proprietà non si fa comune pel solo effetto del contratto: qui

(1) D. 6, 3. *Si ager vectigalis, id est emphiteuticarius petatur.*—D. 6, 1. *De rei vind.* 73, a 75, f. Ulp. et Paul. — 6, 2. *De public. in rem. act.* 12, § 2, f. Paul. — 8, 1, *De servit.* 16, f. Julian. 43, 17. *De superf.* 1, §§ 3, e 4, f. Ulp.

(2) *Gai. Comm.* 3, §§ *148, e seg.*—*Paul. Sent.* 2, *16*, Pro socio.—*D. 17, 2; e C. 4, 37.* Pro socio.

(3) *D. 17*, 2. Pro socio *1*, § *1*, *f. Ulp.*; 2., *f. Gai.*; 3, *pr. e* § *1*, *f. Paul.*

(4) *D. 17*, 2. Pro socio *f. 7, a 15, d'Ulpian. e di Pauliano.*

(5) D. 17, 2. *Pro socio* 5, pr.; e 17, f. Ulp. «*Societates contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam rei unius* ». — « *Si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum, quae ex quaestu veniunt* ».

si rimane nelle regole ordinarie intorno all'acquisto (1).

Del rimanente le porzioni che i socii conferiscono, possono essere eguali, o ineguali, possono consistere in cose della medesima natura o di natura differente; danaro, oggetti corporali d'ogni maniera, crediti, anche il solo lavoro o l'industria (2), purchè non si tratti di cose, o di atti illeciti o immorali « *Generaliter enim traditur*, dice Ulpiano, *rerum inhonestarum nullam esse societatem* (3).

Le obbligazioni principali de' socii tra loro sono di conferire la loro parte, il lavoro, o l'industria promessa alla società, e di render comune tra loro la perdita o il guadagno secondo la porzione stabilita. I tre paragrafi che seguono espongono in che modo siffatta proporzione può essere stabilita.

II. *Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro, et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et lucri et damni pertineant, ad alium tertia.*

1. Se nulla si sarà stabilito intorno al guadagno, ed alla perdita, queste ricadranno in parti eguali. Ma se si saranno stabilite le parti, s'osserva quel tanto che si è convenuto. Perocchè niuno giammai dubitò che non vaglia la convenzione se due si saranno convenuti che ad un di loro vadano due parti del guadagno e del danno, all'altro la terza parte.

Aequales scilicet partes il che senza alcun dubbio debbe intendersi in dritto romano d'una eguaglianza assoluta, cioè d'una porzione virile, la medesima per ciascun socio, e non di ciò che dicesi uguaglianza proporzionata a ciò che ciascuno ha conferito, la qual'interpetrazione alcuni comentatori vanamente han tentato d'introdurre. In fatti il frammento di Ulpiano, che riproduce la regola enunciata dal nostro testo, spiega senza lasciar luogo a replicare, il senso delle parole *aequas partes*; e parimenti in una moltitudine di altri frammenti le troviamo adoperate sempre nel medesimo senso (4). Questi modi dicono non già che le parti saranno proporzionali, ovvero eguali a ciò che si è conferito, ma sibbene che saranno eguali tra di esse. D'altra parte può incontrare che uno o più soci non abbiano arrecato altro che il loro lavoro, e l'industria: in questo caso come si potrà applicare la regola dell'eguaglianza proporzionale in difetto di convenzione? Questo non sarebbe altrimenti possibile che se la giurisprudenza romana avesse attribuito, come il nostro Codice (art. 1853 (5), un valore legalmente presunto al conferimento dell'industria: ec questo ella non ha fatto in alcun luogo.

Del resto i socii possono stabilire delle parti ineguali: questo non si è mai messo in dubbio, dice il nostro testo: « *Nec enim unquam dubium fuit* »; il che Ulpiano non giustifica se non in quanto gli uni abbiano apportato alla società più degli altri, sia in danaro, sia in industria, o in qualsivoglia altra cosa (6).

III. *De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia; ad Sejum duae partes damni, lucri tertia; an rata debeat haberi conventio? Quintus Mutius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius, cujus sententia praevaluit, contra sensit, quia saepe quorumdam ita pretiosa est opera in societate ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; quia saepe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mutii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta, solum quod superest intelligatur lucri esse.*

2. Ma si è ricercato di quest'altra convenzione: se nel caso che Tizio, e Seio avranno tra loro pattuito, che a Tizio appartengano due parti del guadagno e la terza del danno, ed a Seio due parti del danno e la terza del guadagno, cosiffatta convenzione sarà valida? Quinto Muzio giudicò che tal patto fosse contro la natura della società, e che per questo non avesse a valere. Servio Sulpizio, la cui opinione prevalse, ebbe contrario avviso, poichè spesse volte l'opera di certe persone è così preziosa nella società, ch'egli è ben giusto che vi sieno ammesse con miglior condizione che gli altri. E non è dubbio che si possa far società a questo modo che l'uno vi metta il danaro, e l'altro non ve ne metta, e che nondimeno il guadagno sia comune; dal perchè spesse volte l'opera di qual-

(1) *Ivi 58, pr, e § 1, f. Ulp.*
(2) *Ivi 5, § 1.* (3) *Ivi 57, f. Ulp.*
(4) *D. 17, 2.* Pro socio *29, pr. f. Ulp.; 6, f. Pomp.; 76, f. Procul. — 6, 1.* De rei vindic. *8, f. Paul. — 34, 5.* De reb. dub. *7, § 2, f. Gai. — 56, 1.* Ad S. C. Trebell. *23, f. Julian. — 59, 2.* De damn. infect. *15, § 18; e 40, § 4, f. Ulp. — 46, 3* De solut. et liber. *5, § 2, f. Ulp.*
(5) 1725 delle nostre leggi civili.
(6) *D. 17, 2.* Pro socio, *29, pr. f. Ulp.*

cuno vale quanto il danaro. E tanto questa opinione andò innanzi contro il parere di Quinto Muzio, che di più si disse potersi convenire che alcuno abbia parte del guadagno, e non sia tenuto del danno, la qual cosa Servio giudicò che convenientemente far si potesse. Ma ciò si dee intendere a questo modo, che se si sarà fatto guadagno di una cosa, e danno di un'altra, fatta la compensazione, s'intenda esser guadagno quel che avanza.

Risulta da questo paragrafo, e dopo controversia tra i giureconsulti romani che i contraenti possono convenire parti diverse nella perdita e nel guadagno, o anche convenire che uno o alcuni di essi parteciperanno del guadagno, senza partecipar della perdita. Ma la società nella quale uno de' socii fosse escluso da ogni parte ne' guadagni sarebbe nulla. Questa sarebbe la società del leone con gli altri animali della favola, e però i giureconsulti Romani la chiamano società leonina (*leonina*) (1).

III. *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro, vel in solo damno, in altera vero omissa, in eo quoque, quod praetermissum est eamdem partem servari.*

3. È cosa chiara che se si patteggia la parte in una sola cosa, come sarebbe quanto al solo guadagno, e quanto al solo danno, non facendo menzione dell' altra, anche in quella che si è tralasciata, si osserva la medesima parte.

I contraenti in luogo di fissare essi medesimi le parti potrebbero rimettersi all'arbitrio di un terzo, e la decisione di questo terzo sarebbe seguita, tranne se fosse manifestamente contraria all'equità (2).

La società è un contratto complesso, il quale contiene forzosamente tra i socii una specie di mandato, di autorizzazione tacita di amministrare gli uni per gli altri i beni e gl'interessi messi in comune, ed anche la necessità d un mandato espresso quando si tratta di uscir dai limiti di una semplice amministrazione, o di affidare la gestione esclusivamente ad uno, o ad alcuni de'socì. Ma i principî del diritto romano sul mandato, ed in generale su tutto ciò che riguarda la rappresentazione di una persona per un altra negli atti giuridici, esercitano quì la loro influenza; e si dee distinguere accuratamente la conseguenza degli atti riguardo ai socî sia tra loro, sia nelle relazioni coi terzi. 1° Riguardo ai soc tra loro: quegli che ha amministrato in un punto qualunque per la società ha contro tutti gli altri proporzionatamente alla parte di ciascuno il diritto di farsi indennizzare delle spese, delle obbligazioni, ed in generale di tutte le perdite personali da lui incorse per la società (3). Dal suo canto egli è tenuto verso ciascuno de'suoi socii di render conto, di far partecipare ciascuno, secondo la sua parte, del profitto ottenuto, e di restituire con gl'interessi ciò che egli avesse per avventura impiegato a suo profitto particolare, o ciò che fosse in mora di conferire (4). Gli uni e gli altri son responsabili tra loro non solamente del dolo, ma eziandio delle colpe; tuttavia la colpa (*culpa, desidia, negligentia*) non si valuterà a loro riguardo sull'esattezza e le cure del più diligente padre di famiglia, ma sulla loro diligenza personale ne' loro proprii affari, secondo che ne spiega l'ultimo paragrafo del nostro titolo che è tratto da Gaio (5) 2° Riguardo ai socii nelle loro relazioni coi terzi, il principio romano che le obbligazioni non possono contrarsi nè attivamente nè passivamente per mezzo di persona intermedia, che il credito e l'obbligazione non esistono che tra quelle medesime persone che sono state parti nel contratto che le ha fatto nascere, questo principio riceve la sua applicazione nella società. Così per istretta regola: da una parte il socio che ha contratto con un terzo ha egli solo contro di lui i diritti e le azioni risultanti dal contratto; e dall'altra il terzo non ha azione che contro di lui. Questa regola non cede mai e non si dà azione o al terzo contro i socì, e ai socii contro il terzo, se non secondo le modificazioni comuni apportate dalla giurisprudenza e dal dritto pretorio al dritto rigoroso. Per esempio: pei socii, s'essi non possono altrimenti salvare i loro interessi che intentando l'azione contro il terzo (6); o pel terzo, se la cosa è tornata a profitto de' socii (7), se colui che ha ammini-

(1) *D. 17, 2.* Pro socio *29*, §§ *1, e 2, f. Ulp.; e 50, f. Paul.*

(2) *Ivi 6, f. Pompon.; e 76, a 80, f. Procul. e Paul.*

(3) *Ivi 27, 28, e 58, f. Paul.; 52,* §§ *4, 12, e 15, f. Ulp.; 60,* § *1, f. Pomp.; 61, f. Ulp.; 65,* § *15, e 67, pr. e* § *2, f. Paul.*

(4) *D. 17, 2,* Pro socio *21, e 52, f. Ulp.; 74, f. Paul. — 60, pr. f. Pomp.; e 22, 1.* De usur. *1,* § *1, f. Papin.* Nondimeno *ved. D. h. t. 67 fragm. Paul.*

(5) D. *17, 2.* Pro socio *52,* §§ *1, 2, e 5, f. Ulp., 2, 72, f. Gai.* (6) *D. 14, 3.* De instit. act. *1, f. Ulp., e 2, f. Gaio.*

(7) D: 17, 2. *Pro socio* 82, f. Papin. « *Jure societatis per socium aere alieno socius non obbligatur: nisi in communem aeram pecuniae versae sint* ».

strato può esser considerato come loro preposto (*institor*, o *exercitor*) (1); ed in generale in tutt'i casi in cui delle azioni utili o pretorie son date in somiglianti congiunture. Del resto il cantratto di società non esiste che tra quei che l'han formato. Se dunque uno de' socii si sostituisce, o si associa un terzo, questo riguarda solamente lui ed il terzo, e per questo negozio essi useranno tra loro dei mezzi ordinarii o del contratto che avranno fatto, o della cessione di azioni, ma questo contratto non produce legame per gli altri associati, dappoichè, come dice Ulpiano, « *socii mei socius meus socius non est* (2) ».

Il contratto di società può ricevere diverse modalità: può esser formato senza limitazione di termine, ovvero fino ad un certo tempo, o anche sotto condizione. « *Societas coiri potest vel in perpetuum, idest dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione* » dice Ulpiano (3). Ma non vi è società perpetua « *Nulla societatis in aeternum coitio est* », secondo le parole di Paolo (4): in questo senso che indipendentemente da una moltitudine di cause che posson disciogliere la, niuno de' socii può essere astretto a rimanere in società a suo malgrado: « *In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri* ; e che ogni clausola contraria si ha come non avvenuta (5). In fatti la natura di questo contratto richiede un comune accordo, una buona intelligenza permanente tra i socii; allorchè questo accordo vien meno, fosse anche per parte di un solo, questi si può ritirare, e così disciogliere la società, salvo la sua responsabilità, s'egli lo fa con frode, e senza bisogno in un tempo che arreca danno agli altri.

Le cause di scioglimento della società son così laconicamente riassunte da Ulpiano: *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas* (6) ». *Ex personis*, se uno de' soci è morto, o riputato tale nella città per la grande, o media diminuzione di capo, o per altra qualsiasi ragione. *Ex rebus*, allorchè la cosa o l'operazione che forma l'oggetto della società è perita, non è più in commercio, o è terminata *Ex voluntate*, allorchè uno dei socii rinunzia (*renunciare*) alla società. *Ex actione*, allorchè o per stipulazione, o per formazione d'un'istanza nello scopo di sciogliere la società, si opera una novazione (7). Aggiungete *ex tempore*, allorchè il tempo pel quale la società è stata formata è spirato, in questo senso che allora ogni socio è in libertà di ritirarsi senza risponsabilità per la sua ritirata, perciocchè egli non fa che usare del suo diritto (8). I cinque paragrafi che seguono spiegano questi diversi modi di scioglimento.

IV. *Manet autem societas quousque donec in eodem consensu perseveraverint; at cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat: veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur soli conceditur.*

4. La società dura fino a tanto che i soci perseverano in quel medesimo consenso. Ma se alcuno astutamente rinunzierà alla società, acciocchè egli solo abbia quel guadagno che sopravviene, come sarebbe, se un socio di tutt'i beni, essendo lasciato erede da qualcuno, avesse rinunziato alla società per guadagnarsi tutta l'eredità, è costretto a comunicar con gli altri il guadagno. Ma s'egli avesse fatto guadagno di qualche cosa non preveduta da lui, quella sarà sua. Quanto poi a colui al quale è stato rinunziato, tutto quel che s'acquista dopo rinunziato alla società, è conceduto a lui solo.

L'atto pel quale un socio notifica a'suoi compagni ch'egli si ritira dalla società si addimanda *renuntiatio* (9). Il testo ci dà un esempio della rinunzia fatta con frodi cioè di quella che è fatta *callide*, *dolo malo*. A questa si vuol aggiugnere la rinunzia intempestiva, cioè quella che è fatta senza necessità sia in un momento in cui

(1) Qui appresso lib. 4, t. 7. *Quod cum eo contractum est*. D. 14, 1. *De exercitoria actione*, e 14, 3. *De institoria actione*.

(2) *D. 17, 2*. Pro socio *19, a 25, f. Ulp. e Gai.*

(3) *D. 17, 2*. Pro socio. *1, pr. f. Ulp.*— Giustiniano nella *cost. 6, nel Cod. (4, 37*, Pro socio) ci presenta come controversa appo gli antichi la quistione, se una società si possa formare sotto condizione, ed egli la risolve affermativamente.

(4) *D. 17, 2*, Pro socio. *70, f. Paul.*

(5) *C. 3, 37*, Comm. divid. *5, const. Dioclet. e Maxim.* — *D. 17, 2*, Pro socio *14, f. Ulp.*

(6) *D. ivi 63*, § *10, f. Ulp. Ved.* anche *64, f. Callistr.; 65, f. Paul.; e 4*, § *1, f. Modest.*

(7) *D. 17, 2*. Pro socio *pr. f. Paul.* — *Confr. Gai. Comm. 3*, § *180.*

(8) *Ivi 65*, § *6, f. Paul.* combinato col § *10.*

(9) *D. 17, 2*. Pro socio *4*, § *1, f. Mod.; 18, f. Pomp.; 63, in fin. Ulp.*

è dannosa alla società: « *eo tempore quo interfuit sociis non dirimi societatem*, sia prima del tempo convenuto nel caso che la società sia contratta a termine. Paolo riassume gli effetti d'una rinunzia tanto frodolenta, quanto intempestiva, dicendo secondo l'avviso di Cassio, che colui il quale fa una somigliante rinunzia, libera i suoi socii verso di se, senza liberarsi egli verso di loro: « *Socium a se, non se a socio liberat* » (1).

V. *Solvitur adhuc societas etiam morte socii; quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed etsi consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint; nisi in coeunda societate aliter convenerit.*

5. La società si sceglie ancora per morte del socio, poichè chi fa società si elegge persona certa e conosciuta da lui. Ma ancorchè la società sia contratta col consenso di molti, si discioglie per la morte di un solo, quantunque molti restino vivi; se per avventura nel far la società non si fosse pattuito altrimente.

Chi consente a formare una società con più persone riunite, non consente a formarla con una, o alcune di queste persone separatamente. In conseguenza la ritirata, o la morte d'un solo de' socii discioglie la società, se per avventura non siasi altramente pattuito nel contratto di società (*nisi in coeunda societate aliter convenerit*); cioè se non si sia convenuto che la società continuerebbe tra i socii che rimangono: perocchè allora vi sarebbe stata manifestazione e concorso di volontà sopra questo punto, e comincerebbe una nuova società (2). Ma non si potrebbe fin dal principio validamente convenire che la società continuerebbe con gli eredi del socio trapassato: « *nec ab initio pacisci possumus, ut heres* (*etiam*) *succedat societati* »; perchè la natura della società non consente che uno per somigliante modo si leghi con persone incerte (3). Gli eredi succedono solamente ai diritti attivi o passivi di già acquistati nella società al momento della morte del loro autore (4). Vi era a questo riguardo una doppia eccezione in favore della società formata per l'appalto delle imposte (*societas vectigalis*): in questo che 1° gli eredi partecipavano del guadagno o della perdita risultante da operazioni anche posteriori alla morte del loro autore; 2° e che si poteva da principio validamente convenire che la società continuerebbe con loro (5).

VI. *Item si alicujus rei contracta societas sit, et finis negotio impositus est, finitur societas.*

6. Similmente se si sarà fatta società per qualche cosa particolare, compiuto questo, la società finisce.

VII. *Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur. Nam cum in ejus locum alius succedit, pro mortuo habetur.*

7. È parimente cosa chiara che la società si discioglie per la confiscazione di tutti i beni d'uno de' soci, dappoichè sostituito da un'altro, egli è tenuto come se fosse morto.

VIII. *Item si quis ex sociis mole debiti praegravatus bonis suis cesserit, et ideo propter publica, aut privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas. Sed hoc casu, si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

8. Similmente se qualcuno aggravato di debiti ceda i suoi beni, e però si venda la sua facoltà per pagare i debiti o pubblici o privati che sieno, la società si discioglie. Ma se i compagni ancora acconsentano alla società, par che si cominci da capo una nuova società.

Noi sappiamo che la persona giuridica d'un cittadino romano poteva esser distrutta nel suo individuo, e trasferirsi ad un successore non solamente per effetto della sua morte, ma anche durante la sua vita. Tal'era l'effetto della grande e della media diminuzione di capo, o della confiscazione universale de' beni (*publicatio*), che ne era la conseguenza (6), e che dava al condannato il fisco per successore. Tal era eziandio ne' tempi antichi l'effetto di quelle vendite in massa de' beni, le quali eran fatte ad istanza, ed a vantaggio o del tesoro pubblico (*sectio bonorum*), o dei privati (*emptio bonorum*); la prima contro il condannato criminalmente ad una pena che portava la confiscazione (*damnatus et proscriptus*): la seconda, che noi abbiamo già descritta (qui sopra pag. 69 e seg.) contro il debitore che fraudolentemente s'era involato, o che condannato per sentenza non l'avea eseguita nel termine prescritto, o anche contro colui che per vigor della legge *Julia* avea fatto ces-

(1) *Ivi 65, § 3, a 7.* (2) *Ivi 65, § 9, f. Paul.*
(3) *Ivi 59, f. Pomp.; 35, f. Ulp.*
(4) *Ivi 35, e 65 § 8, f. Ulp.*
(5) *Ivi 59, f. Pomp.; e 65, § 8, f. Ulp.*
(6) *D. 48, 20.* De bonis damn. *1, pr. f. Callistrato.*

sione de' suoi beni (*cessio bonorum*) (1). Queste sorte di vendite del pari che la confiscazione universale davano luogo ad una successione; si poteva dire che la persona giuridica del socio era perita in lui, e passata in un terzo, in conseguenza la società era disciolta *ex persona*. Le Istituta di Gaio le annoverano tra le cagioni di scioglimento (2). Ma si vede che al tempo di Giustiniano, in cui queste vendite in massa del patrimonio eran cessate, il nostro testo non parla più che della confiscazione (*publicatio*), o della cessione de' beni (*si bonis suis cesserit*). La vendita de' beni non discioglie più la società, perchè distrugge la persona del socio, ma perchè distrugge la sua fortuna: « *dissolvamur renuntiatione, morte, capitis minucione, et egestate* » al dir di Modestino (3).

In questi diversi casi la società può rinnovarsi per un nuovo concorso di volontà (*si adhuc consentiant*) non solamente tra i socii che rimangono, ma anche tra costoro ed il socio, i cui beni sono stati confiscati, o ceduti a' creditori, ma questa è una nuova società che si forma, nella quale egli è ammesso pel suo lavoro, o per la sua industria. Questo è vero anche per la media diminuzione di capo (4), perciocchè la società essendo del dritto delle genti, si può contrarre eziandio con gli stranieri.

Azioni relative alla società

L'azione prodotta dal contratto di società è l'azione *pro socio*, azione di buona fede (*bonae fidei*), che nasce direttamente ed immediatamente dalla convenzione, e che si dà a ciascuno de' socii contro ciascuno degli altri per l'adempimento delle rispettive obbligazioni. Così con l'azione *pro socio* si domanda l'esecuzione di tutte le obbligazioni che risultano *ex aequo et bono* tanto dal contratto, quanto da' suoi patti accessorii. Farsi indennizzare da' socii, ciascuno secondo la sua parte, delle spese fatte, dei danni sofferti, o delle obbligazioni assunte per la società; farsi render conto da loro, e comunicare in proporzione della parte che vi si ha, i frutti, gli oggetti, le azioni di credito, i guadagni d'ogni maniera che han ritratti dalla cosa comune, con gl'interessi se vi è luogo; far risarcire il danno cagionato dalla loro frode o colpa, dalla loro ritirata frodolenta ed intempestiva; finalmente anche far disciogliere la società (5): tutto questo può formar l'oggetto dell'azione *pro socio*. E si vuol notare che siffatta azione non s'intenta a nome di un essere morale, la società, nè contro quest'essere morale, ma a nome proprio, e contro ciascuno de' suoi socii individualmente, ciascuno per la sua parte. Noi quì riporteremo, in ciò che riguarda la prestazione delle colpe, il seguente paragrafo del nostro testo.

IX. *Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est; an etiam culpae, id est desidiae, atque negligentiae nomine quaesitum est? Praevaluit tamen etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est sibi imputare debet.*

9. Si è ricercato se il socio sia tenuto verso altro socio per azione di società, solamente del dolo, come colui, appresso il quale si depone qualche cosa, o pure sia anche tenuto di colpa, cioè d'infingardaggine, e di negligenza, e piacque finalmente, ch'ei fosse eziandio tenuto di colpa. Non s'intende però quella colpa che sta nel non usare la più esatta diligenza, poichè basta che il socio abbia tanta cura alle cose comuni, quanta egli suole avere alle cose sue proprie; conciosiachè chi si ha tolto per socio un uomo poco diligente, deve incoldarne sè stesso.

L'azione *pro socio* ha due caratteri da notare, che ci mostrano sotto qual aspetto morale i giureconsulti romani aveano considerato il legame formato tra' socii. Partendo dal principio che questo legame stabilisce come una specie di fraternità « *cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat* », avean deciso che i socii non poteano esser condannati gli uni verso gli altri che sino alla concorrenza dei mezzi di ciascuno: « *in quantum facere potest* (6) » Questo è ciò che addomandasi beneficio di competenza. E da un altro lato l'editto del pretore avea annoverato tra le persone notate d'infamia il socio, il quale convenuto con l'azione *pro socio*

(1) *V. quì sop. p. 69 e seg.* — *Cic. Verr. 1,* § *20.* — *Asconio* Ad. Cic. Verr. §§ *20 e 23.* — *Tit. Liv. 38, 60.*
(2) *Gai. Comm. 3,* §§ *153, e 154.*
(3) *D. 17, 2,* Pro socio *4,* § *1, f. Mod.* — *65,* § *10, frag. Ulpian.; 65,* §§ *1, e 12, frag. Paul.*
(4) *Gai. Com. 3,* §§ *153, e 154.*
(5) *D. 17, 2,* Pro socio *63, pr. f. Paul.*
(6) *D. 17, 2.* Pro socio *63; pr. e* § *1, a 5, fr. Ulp.* — *42, 1.* De re judic. *16, f. Ulp.*

fosse condannato : « *qui pro socio damnatus erit* (1) ».

Oltre l'azione *pro socio*, i socii possono eziandio avere gli uni contro gli altri l'azione *communi dividundo*. Si dee ben por mente a non confondere queste due azioni. L'azione *pro socio* ha per iscopo di ottenere dal consocio l'esecuzione delle obbligazioni che la società gl'impone; l'azione *comuni dividundo* ha per iscopo di far dividere la cosa comune. La prima riguarda tutte le prestazioni personali di qualunque maniera, alle quali i socii son tenuti, sia che si tratti di cose corporali o incorporali, di crediti (*nomina*), o di fatti; e tende ad ottenere una condanna. La seconda tende principalmente ed essenzialmente ad ottenere l'aggiudicazione, cioè l'attribuzione fatta a ciascun socio per sentenza del giudice della proprietà esclusiva della parte che gli spetta. E però Paolo ha ragione di dire che l'azione *communi dividundo*, con tutto che si aveva l'azione *pro socio*, era indispensabile: « *Communi dividundo judicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem* (2). In reassunto: l'azione *pro socio* fa eseguire il contratto di società; l'azione *communi dividundo* fa cessare la comunione almeno quanto alla cosa divisa. Non pertanto si ha a notare che l'azione *communi dividundo* può intentarsi non solamente alla fine della società per far dividere la massa delle cose comuni, ma anche durante la società per far dividere un solo, o alcuni oggetti in particolare, se l contratto è tale che una somigliante divisione debba aver luogo. Si avverta eziandio che nell'azione *communi dividundo*, quantunque la missione principale del giudice sia di fare aggiudicazione, deve inoltre tener conto delle indennità, che i socii riguardo alla cosa divisa, per qualsivoglia causa posson doversi tra loro, e per questo ha il potere di pronunziare delle condanne. Da ultimo in conseguenza di siffatte due osservazioni stabiliamo questo principio: che l'azione *pro socio*, e l'azione *communi dividundo* possono concorrere insieme senza che l'una distrugga l'altra, in tal guisa però che, ne' punti che sono ad esse comuni, niuno ottenga per una di queste due azioni, quel che ha di già ottenuto per l'altra (3).

Se gli atti commessi da uno de' socii nella cosa comune fossero di tal natura da dare origine ad azioni particolari, per esempio, se costituissero de' delitti, come un furto, una rapina, un danno ingiustamente arrecato, i socii indipendentemente dall'azione *pro socio* avrebbero le azioni risultanti da questi fatti: come sarebbe l'azione *furti*, *vi bonorum raptorum*, *legis Aquiliae*, ed altre, sempre però in maniera da non ottener due volte la medesima cosa (4). In fine diremo altrettanto delle azioni nascenti dalla stipulazione, se i socii avesser rivestito di questa forma alcuna delle loro obbligazioni (5).

TITULUS XXVI. DE MANDATO.

TITOLO XXVI. DEL MANDATO.

Noi già conosciamo quel principio derivante dallo stretto dritto civile che niuno può farsi rappresentare da un altro negli atti del dritto, tranne solamente dagl'individui che son sottoposti alla sua potestà, i quali hanno una sola e medesima persona con lui. Noi l'abbiam detto all'occasione della tutela (V. I. p. 173), dell'acquisto de' dritti reali (V. I. p. 315 e 321), e della formazione delle obbligazioni (qui sopra pag. 115). Ciascuno può solo per se medesimo intervenire negli atti giuridici, contrattare, acquistare, ed il dritto creato, attivo o passivo che sia, è costituito solamente nella persona di quelli che sono intervenuti all'atto. Tal'è il principio rigoroso, salvo le modificazioni che gradatamente gli furono arrecate. Questo principio non si dee perder di vista nella teorica del mandato; perciocchè da esso dipende la nozione esatta di questo contratto appo i Romani.

In fatti, non ostante il rigore del principio, e se si eccettuino alcun atti emi-

---

(1) D. 3, 2 *Qui not. infam.* 1, f. Julian. ove si trova il testo dell' editto; e 6, § 6, f. Ulp. — Gai. Com. 4, § 182; e qui appresso lib. 5, t. 16, § 2.

(2) D. 10, 3. *Comm. divid.* 1, f. Paul. — V. anche D. 17, 2. *Pro socio* 43, f. Ulp. « *Pro socio actio... et nominum rationem habet et adjudicationem non admittit* ». I crediti (*nomina*) non comportano aggiudicazione; in conseguenza non possono esser l'oggetto di un' azione *communi dividundo*. Ma per l'azione *Pro socio* i socî otterranno gli uni dagli altri, a questo soggetto, resa di conto e cessione della loro parte di azione.

(3) Sopra tutti questi punti riscontrate: *Dig.* 17, 2, Pro socio; *51 e 52, f. Ulp.; 38*, § 1, *fr. Paolo; 45, f. Ulp. e D. 10, 3*, Comm. div. *1, f. Paul. 2, f. Gai. e 3, f. Ulp.*

(4) *D. 17.2.* Pro socio *45, a 51, f. Ulp. e Paul.*

(5) *Ivi 41 e 42, f. Ulp.*

nentemente civili, come le azioni della legge, e tutti i loro derivati, la mancipazione, e tutti i suoi derivati, il testamento, la crezione di eredità, ne' quali ciascun cittadino fu sempre obbligato di intervenire ed operare da se medesimo, noi sappiamo essere state ammesso, che gli altri atti, contratti, od operazioni soprattutto quelli del diritto delle genti potessero esser fatti da terzi, per conto di un altro. Il che non s'intende che questo terzo rappresenti la persona, per conto della quale egli opera, poichè egli tratta in suo proprio nome; egli personalmente si obbliga, e parimente verso di lui rimangono obbligati i contraenti; da lui si acquista il diritto attivo o passivo che sia. Ma mediante azioni di conti reciproci, azioni utili, e diversi altri mezzi indiretti, il risultamento dell'operazione deve in fin de' conti esser attribuito a colui per conto del quale si è negoziato (V. I. p. 173). Non accade altramente nel mandato. I Romani chiamano *mandatum* la convenzione con la quale due persone han pattuito che una di esse opererà in suo proprio nome gratuitamente per conto dell'altra in un solo, o in alcuni affari determinati, o eziandio in tutti gli affari in generale; quegli che s'incarica di operare per conto di un altro appellasi *procurator* (da *curare pro*), e talvolta *mandatarius*, quegli che dà l'incarico *mandans*, e talvolta *mandator*. Da tutto ciò che precede risulta che il mandatario non è il rappresentante del mandante, ma un agente che opera in suo proprio nome per conto del mandante. Questo, a dir propriamente, e ciò che il nostro diritto commerciale appella commessionato.

Non pertanto l'idea di far veramente rappresentare una persona da un terzo non rimase al tutto estranea al dritto romano. Così il diritto civile sotto il sistema formolario di procedura per evitare gl'impacci derivanti dalla regola che non permetteva di litigare per mezzo di un terzo, immaginò il *cognitor* vero rappresentante, che solennemente era costituito da' litiganti innanzi al magistrato, e che si riputava formar per la causa una persona sola con colui che lo avea costituito (1). Così l'editto del pretore in materia ordinariamente commerciale o marittima, e quando si trattava d'una serie di operazioni, alle quali una persona era stata preposta da un' altra, considerò questo preposto (*institor*, o *magister navis* nel caso speciale della condotta di un naviglio) come rappresentante fino ad un certo punto di colui che lo avea preposto (*dominus*, il padrone dell'operazione; o *exercitor*, l'armatore): in questo senso che il preponente sia legato personalmente verso i terzi per le operazioni del suo preposto; e che questi terzi abbiano contro di lui sotto una qualificazione pretoria (*actio institoria* o *exercitoria*) le azioni risultanti dalle operazioni del preposto, come se egli medesimo le avesse fatte, senza però ch'egli abbia alla sua volta per regola generale le azioni corrispondenti contro i predetti terzi. Sicchè la rappresentazione è imperfetta, o per dir meglio, più che rappresentazione si vede in ciò un rimedio pretorio (2). Da ultimo noi abbiam veduto che la giurisprudenza in considerazione dell'utilità (*tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia*) ammise che una persona potesse esser veramente rappresentata da un terzo in quanto al possesso. Noi abbiam già trattato di quest'ultimo punto (V. I. p. 322); in prosieguo, tratteremo particolarmente del preposto (*institor*), e del *cognitor* (quì appresso lib. 4. tit. 7 e 10). Ora non abbiamo a ragionare che del mandato; ed anche in questo caso vedremo che la giurisprudenza applicò per estensione le modificazioni pretorie introdotte dall'editto pel caso dell'*institor*, e per tal modo distrusse in certa guisa la realtà dell'antico principio.

Il mandato ha la sua origine nella religione, e ne' buoni ufficii dell'amicizia: « *Originem ex officio atque amicitia trahit*, dice il giureconsulto Paolo. Ricevendo alcuno nella sua mano quella dell'amico che a lui si affidava, s'impegnava la sua fede, l'amico gli affidava la cura de' suoi interessi, ed egli toglieva questo carico sopra di se.

Trnd. « *Haec per dexteram tuam, te dextera re-*
(tinens manu,
Obsecro, infidelior mihi ne fuas, quam
(ego sum tibi.
Tu hoc age, tu mihi herus nunc es, tu
(patronus, tu pater:
Tibi commendo *spes opesque meas.*
Pn. Mandavisti *satis.*
Satin habes, mandata quae sunt, facta
(si refero?
Trnd. *Satis* »

(1) *Gai. Com. 4* §§ *82 e seg.* — e qui appresso *lib. 4 tit. 10.*

(2) V. qui appresso *lib. 4 tit. 7.*

Così ci vien rappresentato il mandato accompagnato da una forma stipulatoria dal vecchio poeta comico de' Romani (1), ed il suo solo nome *man-datum* ne rivela questo simbolo primitivo della mano data e ricevuta il segno di fede.

Passando da questa fede religiosa dell'amicizia nel diritto civile, esso vi fu ricevuto nel numero delle convenzioni del diritto delle genti, che portano obbligazione *ex aequo et bono* pel solo effetto del consenso anche tacito. Ma l impronta della sua origine gli rimase in tre punti ben distinti, e sono: la necessità essenziale di esser gratuito (2); l'obbligazione pel mandatario di usare nella sua commissione le cure del più diligente padre di famiglia, ed anche maggior cura ch'egli non usa ne' proprii affari (3); finalmente l'infamia di cui è notato se è condannato per l'azione di mandato (4).

Il contratto di mandato dal principio, e per solo effetto della convenzione non produce obbligazione che da un sol lato: obbligazione pel mandatario di adempiere con la più esatta diligenza la commissione, di cui è incaricato, di render conto, e di restituire al mandante tutti gli oggetti, o tutti diritti acquistati per affetto dell'operazione (5). Ma per l'avvenimento di taluni fatti posteriori (*ex post-facto*), il mandante può dal suo canto trovarsi obbligato verso il mandatario; poichè egli sarà tenuto di rimborsargli con gl'interessi tutte le spese fatte, di liberarlo da tutte le obbligazioni contratte per l'esecuzione del mandato, ed in fine d'indennizzarlo di qualunque danno provenuto non pur dalla frode, ma eziandio da qualunque spezie di colpa del mandante (6). Sopraggiunti che saranno cosiffatti avvenimenti, nascerà l'obbligazione del mandante, la quale ha la sua origine nel contratto medesimo. E però il mandato è nel numero di que' contratti, che addomandansi nella scienza, sinallagmatici imperfetti.

Riguardo alle operazioni fatte coi terzi, bisogna nello stretto diritto applicare il principio che il mandatario contratta in suo proprio nome. Egli dunque si obbliga verso i terzi, e verso di lui questi rimangono obbligati. Solamente, nelle loro reciproche relazioni il mandatario potrà esercitare un'azione contro il mandante per farsi liberare, o indennizzare di queste obbligazioni da lui contratte (7): ed il mandante avrà azione contro il mandatario per farsi cedere le azioni contro i terzi, o farsi rendere quel che per esse per avventura si sarà ottenuto (8). Ma la giurisprudenza non si è attenuta a questo diritto rigoroso. A misura ch'essa è divenuta meno materiale e più razionale, ha preso voga chel'idea il mandante debba riputarsi aver operato per mezzo del suo mandatario. Estendendo una disposizione già introdotta dall'editto, la giurisprudenza ad esempio dell'azione institoria (*ad exemplum institoriae*) ha dato ai terzi contro il mandante le azioni utili risultanti dalle operazioni da essi fatte col mandatario: per esempio la *condictio utilis*; se si tratti di mutuo o di stipulazione; l'*actio utilis empti*, o *venditi* se si tratti di compra o di vendita (9). Da un altro lato trapassando anche regole dell'azione institoria ha dato allo stesso mandante contro i terzi, e sotto la qualificazione di *utiles* le azioni nascenti da queste operazioni. Ciò è fuor

(1) PLAUTO, Captiv. *atto 2, scena 3, versi 82, e seg.* — TERENZIO anch'egli riproduce la stessa idea (*Heautontimaur. atto 3, scena 1, versi 84, e seg.*).

Me. « *Cedo* dextram : *porro te oro idem ut facias, Chreme.*

Chr. « *Paratus sum* »

(2) *D. 17, 1.* Mand. v. cont. *1*, § *4, f. Paul.*; — e qui appresso § *13.*

(3) In conseguenza egli è risponsabile di ogni specie di colpa. *C. 4, 35.* Mand. v. cont. *13, const. Dioclet. et Maxim.* « *A procuratore dolum, et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse, juris auctoritate manifeste declaratur* ». — *Ivi 11. const. Dioclet. et Maxim. e 21, const. Costantin.* — L'obbligazione è reciproca dalla parte del mandante: per es. s'egli ha dato mandato di comprare il tale schiavo determinato, che ha il vizio di furto, e questo schiavo rubi il mandatario, il mandante ne sarà risponsabile benchè abbia ignorato questo vizio; perchè s'egli avesse usato la cura e la prudenza del più diligente padre di famiglia, avrebbe da principio conosciuto questo vizio. (*D. 47, 2.* De furt. *61*, § *5, f. Afric.*)

(4) *D. 3, 2.* De his qui not. infam. *1, f. Julian.*; *e 6*, §§ *5 e 6, f. Ulp.*

(5) *D. 17, 1.* Mand. v. cont. *5. pr. e* § *1. f Paul.*; *27*, § *2, f. Gai.*; *e 8* § *3, f. Ul.* — *20, f. Paul.* « *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet* ». — *10*, §§ *3, e 8*; *e 12*, § *10, f. Ulp.*

(6) *D. 27.* § *4, f. Gai.*; *10*, §§ *9, e 12*, § *7, a 9, f. Ulp.* — *45*, § *1, a 3, f. Paol.*

(7) *Ivi 45, pr. e* § *1, a 5. Paol.*

(8) *Ivi 10*, § *6, e 45, f. Ulp.* — *59, pr. f. Paul.*

(9) *D. 5, 3.* De negot. gest. *31, pr. f. Papin.* — *14, 3.* De instit. act. *16, f. Paol.*: *e 19, pr. f. Papin.* — *17, 1. Mand. 10*, § *5, framm.* d'Ulpiano che riporta una risposta di Papiniano. — *C. 4, 25.* De inst. et exercit. *5, const. Diocl. et Maxim.* — Tutti questi testi dicono sempre, parlando dell'azione, che danno: *utilis ad exemplum institoriae*, o anche *utilis quasi-institoria*).

d'ogni dubbio pel caso di mandato speciale (1); ma quanto al mandato generale, pare che l'azione utile sia stata data più difficilmente al mandante, e solamente per soccorso straordinario, quando senza di questo avrebbe corso rischio di perdere (2). Da ultimo noi vediamo eziandio che trovandosi così i terzi posti tra due azioni: l'azione diretta del mandatario, e l'azione utile del mandante, la giurisprudenza dà la preferenza a quest'ultima, e che un'eccezione respingerà il mandatario, il quale contro l'intenzione del padrone intenti da se medesimo l'azione (3). Aggiungete a tutto questo, che per effetto de'principii ammessi in ciò che riguarda il possesso, la proprietà è acquistata, o alienata pel mandante medesimo per effetto della tradizione fatta in suo nome al suo procuratore (Vol. I. pagina 322) ovvero dal suo procuratore (4). In somma il diritto romano per le innovazioni dell'editto e della giurisprudenza si è sempre più avvicinato al sistema che oggi è in vigore, sulla rappresentazione del mandante per mezzo del mandatario, e l'antico dritto altro più non ha conservato che un esistenza puramente nominale.

Del resto si dee ben distinguere da un mandatario il *nuntius*, il quale non è altro che un messo, un istrumento di cui alcuno si serve per significare il suo consenso. In tutti gli atti che possono farsi per solo consenso, e per conseguente in tutti i contratti consensuali non è impedito che si mandi questo consenso o per lettera o per messo, ed in tal caso si reputa che alcuno abbia dato da se medesimo il consenso (quì sop. p. 158, e D. 44. 7. *De oblig.* 2. §. 2. fr. Gai.).

Il mandato per rispetto all'estensione degli oggetti che comprende può dividersi in mandato generale (*mandatum generale*), e mandato speciale (*speciale mandatum*). « *Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest* », dice Ulpiano (5). Il nostro testo seguendo Gaio ci dà un'altra divisione tratta dall'interesse nel quale il mandato è intervenuto (6).

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena. At si tua tantum gratia mandatum sit, supervacuum est; et ob id nulla obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

Il mandato si contrae in cinque modi: quando qualcuno o ti commette per suo solo interesse; o per tuo e per suo insieme; per interesse d'altri; o per se e per altri; o per te e per altri. Se ti sarà commesso per tuo interesse, il mandato e la commissione è superflua, e per questo non nasce obbligazione, nè azione alcuna di mandato tra voi.

Il mandato nell'interesse unico del mandatario non è altro che un consiglio. Questa specie ci si presenterà sotto il § 6.

I. *Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.*

1. Interviene il mandato per interesse del mandante solamente quando qualcun ti commette che tu facci le sue faccende, o compri un fondo per lui, o prometti per lui.

Il mandato nel solo interesse del mandante è il caso ordinario, e più frequente. Notate nel testo la menzione che si fa dello *sponsor* presa dagli antichi, e quì conservata, quantunque il vero *sponsor* più non esista sotto Giustiniano.

II. *Tua et mandantis: veluti si mandet tibi ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur; aut si,* volente te agere cum eo ex fidejussoria causa, *tibi mandet, ut cum reo agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id quod tibi debuerat.*

2. Per interesse tuo e del mandante si fa, quando egli ti commette che tu presti danari con usura ad alcuno che li toglie in prestito per gli affari del mandante; ovvero se, *volendo tu intentar contro lui un' azione per causa di fidejussione,* egli ti commetta di rivolgerti contro il debitor principale a suo pericolo, o di stipular quel ch'egli ti deve, parimente a suo pericolo, con alcuno che ti delega.

Volente te agere cum eo ex fidejussoria causa: Questo, che probabilmente è preso eziandio dal testo di Gaio non ha potuto avere utilità che nel diritto anteriore a Giustiniano: nel tempo che il creditore era libero di rivolgersi contro il debitore principale, o contro il fidejussore; ma per la

(1) *D. 19, 1.* De act. empt. et vend. *13,* § *25, f. Ulp.* — *3, 3.* De proc. *27,* § *1 e 28 f. Ulp.; 68, f. Papin.*

(2) *D. 14, 1.* De exercit. *1,* § *18 f. Ulp.* « *extra ordinem juvare* » — *14, 3.* De inst. *1, e 2, f. Ulp.:* « *si modo aliter rem suam servare non potest* ». — *46, 5.* De stip. praet. *5, f. Paul.: si rem amissurus sit* ». (3) *D. 3, 3.* De proc. *28 f. Ulp.*

(4) *D. 17, 1.* Mand. *5,* §§ *3, e 4, f. Paul.*

(5) *D. 3, 3.* De proc. *1,* § *1, f. Ulp.; 58 e 60 f. Paul.; 65, f. Modest.*

(6) *D. 17, 1.* Mand. *2, f. Gai.*

sua azione contro l'uno, l'altro trovavasi liberato (v. sop. p. 139 e seg.). In tal condizione di cose si suppone che avendo egli fermata la sua scelta sul fidejussore, si disponga ad attaccarlo, ma questi gli dia mandato di perseguitare a suo pericolo il debitore principale. Per effetto di questa azione diretta contro il debitore principale il fidejussore si troverà liberato in qualità di fidejussore, ma sarà tenuto come mandante. Dopo le innovazioni di Giustiniano le quali prendono data dal 531, e che per conseguente sono anteriori alle Istituzioni, questo non avea più alcuna utilità (qui sop. ivi).

Ab eo quem tibi deleget: io essendo tuo debitore di cento soldi d'oro, ti delego Tizio che me ne deve altrettanti, dandoti il mandato di stipular da lui cotal somma. Questa stipulazione sì tosto come sarà fatta da te, estingue in un tempo medesimo, per novazione, e il debito di Tizio verso di me, ed il mio verso di te; ma io resto risponsabile come mandante, e così tu avrai, per farti pagare l'azione dello stipulato contro Tizio, e l'azione di mandato contro di me, se Tizio non ti paghi (1).

III. *Aliena autem causa intervenit mandatum, veluti, si tibi mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.*

3. Il mandato per interesse d'altri si fa quando ti vien commesso che tu faccia le faccende di Tizio, o che compri un fondo a Tizio, o che prometti per lui.

Questo genere di mandato può presentarsi, per esempio, se uno de' miei amici essendo assente, ed andando a male per questa ragione le sue faccende, io m'indirizzi a te che sei sul luogo, e mi prenda la sicurtà di commetterti che tu faccia per lui qualche cosa. In cosiffatto mandato bisogna dire che da principio non nasce obbligazione niuna, perchè la faccenda non essendo mia io sono senz'interesse di diritto. In conseguenza pel solo effetto della convenzione io non avrei alcun' azione contro di te per astringerti ad eseguire il mandato. Ma dal momento che tu hai operato, nascono le azioni: tu hai azione di mandato contro di me per farti indennizzare delle conseguenze dell'affare di che ti ho incaricato; ed io ho azione contro di te per farti render conto, ed eseguire le obbligazioni, perchè io ne son risponsabile verso il terzo, negli affari del quale mi sono immischiato (2).

IV. *Sua et aliena, veluti si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emeres, vel ut pro eo et Titio sponderes.*

4. Nell' interesse del mandante, e di un altro: quando ti commette che tu faccia gli affari di lui e di Tizio, o compri a lui ed a Tizio un fondo, o prometti per lui, e per Tizio.

V. *Tua et aliena, veluti, si tibi mandet ut Titio sub usuris crederes. Quod si ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.*

5. Nell'interesse tuo e di altri: quando ti vien commesso che tu presti con usura i tuoi danari a Tizio; dappoichè se tu dovessi prestarli senza usura, il mandato sarebbe solamente per l'interesse d'altri.

VI. *Tua gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut pecunias tuas in emptiones potius praediorum colloces, quam foeneres; vel ex diverso ut foeneres potius, quam in emptiones praediorum colloces. Cuius generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, et ob id non est obligatorium; quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur, cum liberum cuique sit apud se explorare an expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes; quamvis non expediat tibi eam emisse vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio foenerares? Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum; quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.*

6. Il mandato si fa per tuo interesse quando alcuno ti commette di porre i tuoi danari piuttosto in compra, che in usure, o per il contrario che tu li metta piuttosto in usure che in compra. La qual sorta di commessione è piuttosto consiglio che mandato, e per questo non è obbligatorio; dacchè niuno si obbliga per consiglio che egli dà, quantunque non torni bene a colui al quale è dato, essendo libero a ciascuno il considerare se il consiglio sia utile. Laonde se qualcuno, avendo tu danari in cassa, ti induca a comprar qualche cosa, o a prestare, quantunque a te non giovi comprare o prestare, tu non avrai contro di lui l'azione di mandato. E questo che si è detto è tanto vero, che si è dubitato se colui il quale ti commise di prestar danari a Tizio sia tenuto dell'azione di mandato. Ma si è adottato il parer di Sabino, che in questo caso cioè, il mandato sia obbligatorio, dal perchè senza mandato tu non avresti prestato a Tizio.

(1) *D. 17*, Mand. *22*, § *2*, *26*, § *2.*; *e 45*, § *7. f. Paul.*

(2) *17. 1.* Mand. *8*, § *6*, *f. Ulp.* — *5*, *5.* De negot. gest. *28*, *f. Javol.*

Si dee notare sotto questi due ultimi paragrafi, che il mandato può intervenire sotto un aspetto che presenta grandi analogie con la fidejussione: cioè in tal modo che il commettente (*mandator*) sia responsabile, quasi come il fidejussore, del debito altrui: Tal è il caso del § 2 in cui, per liberarmi da ciò che vi debbo, vi do commessione di stipulare per la medesima somma col mio debitore che vi delego (quì sop. p. 187); tal'è ancora quello del § 5., in cui interessandomi per una persona, che ha bisogno di danaro, vi prego, e vi do commessione che gliene prestiate con usure, o senza usure, come in questo esempio dato da Marcello: « *si petierit a te frater meus, peto des ei nummos fide et periculo meo* (1); tal'è da ultimo quello del § 6. in cui anche senza aver riguardo all'interesse di chi toglie in prestito, e solamente per far cosa utile a voi vi commetto di prestare il vostro danaro a Tizio. Quest'ultimo caso quasi si confonde con quello di un semplice consiglio, e pero noi veggiamo dal testo, che s'erano intorno ad esso elevati dei dubbî da'giureconsulti romani. Egli è certo che se io vi ho solamente commesso di dare il vostro danaro a prestito con usure, senza indicazione di alcuna persona, in ciò non vi è altro che un consiglio il quale non mi obbliga ad alcuna responsabilità. Lo stesso sarà se trattandosi anche di una persona designata che vuol torre a prestito, io non abbia fatto altro che darvi le mie informazioni, ed il mio avviso sulla sua solvibilità (2); ma se io nel mio consiglio, nella mia esortazione mi sia comportato in modo da darle il carattere di mandato, è prevaluta l'opinione che io sarò tenuto a questo titolo. La medesima risponsabilità s'incontrerebbe se io vi avessi pregato, o dato commissione di concedere un differimento al vostro debitore, prendendo a mio carico il pericolo del debito: « *Si, ut expectares, nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum* (3) ». In questi diversi casi, i quali debbono esser valutati di buona fede, secondo la probabile intenzione, io sono nella mia qualità di mandante, e per l'azione del contratto di mandato tenuto verso il creditore come cauzione del credito.

Il mandato quando si produce in questa guisa non è che una specie particolare d'intercessione (v. quì sop. p. 142): i comentatori soprattutto in Alemagna gli danno l'epiteto non romano di *qualificato*. I testi del dritto applicano al mandante più specialmente in questo caso particolare la denominazione di *mandator*. Questo mandato può intervenire, dice il giureconsulto Giuliano per tutt'i contratti ai quali si può aggiungere la fidejussione: « *neque enim multum referre (puto) praesens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet* (4) ». E però noi troviamo nel Digesto, nel Codice, e perfino nelle Novelle queste due intercessioni sempre riunite, e trattate insieme sotto questo titolo: *de fidejussoribus et mandatoribus* (5).

Il mandato che costituisce un'intercessione riceve l'applicazione delle principali regole comuni a tal genere di contratti accessorii. Così le proibizioni del S. C. Vellejano riguardo alle donne (6): i beneficii di discussione (7), di divisione se vi sono più mandati (8), e di cessione di azioni si applicano ai *mandatores* non altramente che ai *fidejussores*. Non pertanto sono a notare alcune particolarità in ciò che riguarda il *mandator*. Esse dipendono in parte da ciò: che il contratto ha avuto luogo per consiglio, ed impulsione di lui, per la commessione ch'egli ha data: cosicchè s'egli vuol adoperare contro il creditore suo mandatario i diversi modi di difesa, che possono straordinariamente competere al debitore, del quale egli risponde, il pretore sarà più restio a concedergliene benefizio (9). D'altra parte si

(1) *D. 46*, De fidei. et maud. *24*, *f. Marc.* — *D. 17, 1.* Mand. *6*, § *4. f. Ulp.* « *Si tibi mondavero quod mea non intererat, veluti, ut pro* Seio intervenias, *vel* ut Titio credas: *erit mihi tecum mandati actio. . ., et ego tibi sum obligatus* ». —

(2) Lo stesso dice Ulpiano del sensale: « *qui monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudet nomen* » (*D.50,14.*De proxen.*2,f.Ulp.*) — Lo stesso dice ancora Ulpiano seguendo Pomponio, di colui « *qui adfirmaverat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur* ». salvochè non l'avesse fatto evidentemente per frode (*D. 4, 3.* De dol.*7*, § *10, f. Ulp.*).

(3) *D. 17*, 1. Mand. *12*, § *14, f. Ulp.*

(4) *D. 17. 1*, Mand. *32, f. Julian.*

(5) *D. 46, 1.* — *C. 8, 41.* — *Nov. 4, cap. 1.*

(6) *D. 16 1. Ad S. C.* Vellej. *6, f. Ulp.; e 7, f. Papin.*

(7) *Nov. 4. c. 1.*

(8) *D. 27, 7.* De fidej. *tutor 7. f. Pap.* — *C. 4, 18.* De pecun. *const. 3 constit. Justinian.*

(9) Questo dice Ulpiano riguardo alla restituzione *in integrum* per cagione di minorità del debitore data dal pretore straordinariamente, e secondo le circostanze (*causa cognita*). Sarà molto più restio per estendere questa restituzione al *mandator*, che per farne profittare il fidejussore « Facilius in mandatore dicendum erit non debere ei subvenire: hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur ».

dee ben notar che l'obbligazione del *mandator*, non viene come quella del *fidejussor*, ad aggiugnersi in qualità di dipendenza, e di semplice accessorio ad una obbligazione principale, di cui sarebbe semplicemente la cauzione. La sua obbligazione proviene da un contratto distinto, ed indipendente, che esiste da sè, cioè dal contratto di mandato, per maniera che vi sono due obbligazioni principali: da un canto quella ch'è prodotta dal mandato, e dall'altro quella che risulta dalla operazione fatta dal mandatario col terzo. Dal che seguono tre conseguenze fondate tutte sul medesimo principio: la prima è che a differenza di ciò che anticamente avveniva per gli *sponsores*, *fidepromissores*, ò *fidejussores* l'azione intentata dal mandatario contro il *mandator* non libera il debitore, nè reciprocamente. Noi sappiamo, che Giustiniano ha assomigliato su questo punto ai *mandatores* tanto i fidejussori, quanto gli stessi *correi* (1). La seconda è che il *mandator* pagando egli medesimo, non libera il debitore del quale egli risponde: « *propter mandatum enim suum solvit, et suo nomine* » dice Papiniano (2). Da ultimo la terza è che egli può per conseguente anche dopo aver pagato al suo mandatario farsi cedere le azioni contro il debitore, perciocchè queste azioni continuano a sussistere, ma per contrario, il fidejussore dopo il pagamento non potrebbe più farsi fare questa cessione (3).

VII. *Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est; veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda tibi mandet. Licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.*

7. Parimente non è obbligatorio quel mandato che è contro i buoni costumi, come sarebbe se Tizio ti commettesse che tu facessi furto, danno, o ingiuria a qualcuno. In fatti quantunque tu abbi pagata la pena per questo fatto, non hai azione alcuna contro Tizio.

Non vi è obbligazione nè da una parte nè dall'altra. Il mandante non ha alcun dritto per costringere all'esecuzione del mandato, questo s'intende da sè, e neppure il mandatario per farsi indennizzare delle sue conseguenze, se lo ha eseguito.

VIII. *Is qui exequitur mandatum, non debet excedere finem mandati. Ut ecce si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere; alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Diversae scholae auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant; quae sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum ea actionem; quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur.*

8. Colui ch'eseguisce il mandato non debbe passar i termini d'esso. Così se qualcuno ti commettesse che tu pagassi un fondo fino a cento aurei, o che promettessi per Tizio fino a tal somma, tu non dei comprar di più, nè far la sicurtà per maggior somma, altrimenti non avrai con lui azione di mandato; di maniera che piacque a Sabino ed a Cassio, che quand'anche tu voglia limitar la tua azione fino a cento, inutilmente ti rivolgerai contro di lui. Ma i giureconsulti, della scuola opposta giudicarono in questa materia, che tu possa rettamente aver l'azione fino a cento, la qual'opinione, per il vero, è migliore. Ma se tu avrai comprato per minor prezzo, avrai con lui l'azione di mandato; poichè chi commette che gli sia comprato un fondo per cento aurei, s'intende che abbia dato anche facoltà di comprarlo per meno se è possibile.

In questo paragrafo si vuol distinguere la regola generale da alcune specie particolari d'applicazione. La regola generale è quella che è espressa in principio del paragrafo: il mandatario non dee uscire dai limiti del mandato. Fuori di questi limiti egli non ha più potere. « *Nam qui excessit aliud quid facere videtur* (4) ». E però egli non ha alcuna azione contro il mandante per farsi indennizzare delle conseguenze de' suoi atti, ma questi ha contro di lui l'azione che nasce immediatamente dal contratto, fino alla concorrenza dell'interesse ch'egli avea, che il mandato fosse eseguito, se era possibile: *Quatenus mea interest, implere eum mandatum, si modo implere potuerit* (5).

Le due specie particolari di applicazione delle quali nel testo si fa poi menzione son relative a casi, ne'quali il mandatario tutto che siasi attenuto al medesimo oggetto del suo mandato, pure per ottenere il risultamento che si desidera, ha oltrepassato il limite delle obbligazioni, o de'sacrifizii indicati dal mandan-

(1) *D. 46, 1.* De fidei. et mand. *13, f. Julian.*; e *71, f. Paul.* — *C. 8, 41.* De fidej. mand. *28. const. Justinian.* — Ved. anche qui sopra p. 195 e 272

(2) *D. 17, 1,* Mand. *28, f. Papin.*

(3) *D. 46, 3,* de solut. *76, f. Modest.* — E qui sopra p. 140.

(4) *D. 17, 1.* Mand. *f. Paul.*

(5) *Gai. Com. 3,* § *161.* — *D. 17, 1.* Mand. *41. f. Gai.*

te. L'opinione di Sabino nella quistione a tal proposito elevata era fondata sopra un rigore radicale di logica, partendo da questo principio: « *qui excessit, aliud quid facere videtur* ». Ma l'opinione de' Proculeani prevalse come più benigna in ciò, che essa per un piccolo sacrifizio che il mandatario si dispone a fare, gli risparmia una perdita maggiore, e forse anco una condanna infamante per l'azione *mandati* (1). Per conseguenza di questa opinione che è prevaluta, se il mandatario che ha ricevuto commessione di obbligarsi a termine, si obbliga puramente e semplicemente, e paga, egli non avrà azione di mandato se non allo spirare del termine (2). Parimente, s'egli vende un fondo per un prezzo inferiore a quello che è stato stabitito, egli dovrà indennizzare il mandante di ciò che manca a questo prezzo. Altrimente il mandante rimarrà sempre proprietario, e rivendicherà validamente il suo fondo (3).

Il testo ne' tre paragrafi che sieguono tratta delle cause che possono fare svanire, e estinguere il mandato. Le principali tra queste cause, nella stessa guisa che abbiam detto per la società sono non solamente il consenso de'due contraenti, ma la sola volontà di uno de'due: rivocazione (*revocatio*) da parte del mandante, rinunzia (*renunciatio*) da parte del mandatario; e parimente la morte dell'uno, o dell'altro.

IX. *Recte quoque mandatum contractum, si dum adhuc integra res sit revocatum fuerit, evanescit.*

9. Il mandato rettamente contratto se sarà rivocato, essendo ancor la cosa ne' suoi termini, svanisce.

Notate che in questo paragrafo si tratta di fare svanire il mandato in tal maniera, che sia come se mai non avesse avuto luogo. Ciò è possibile sol quando non siasi ancora cominciata l'esecuzione (*si adhuc integra res sit*) altrimente gli atti cominciati avran prodotto il loro effetto, non potendosi certamente rivocare il passato. Ma in questo medesimo caso il mandante può sempre rivocare il mandato per l'avvenire. È necessario che questa rivocazione sia notificata al mandatario, e conosciuta da lui, perciocchè in fino a che egli la ignora, gli atti che fa ne termini del mandato obbligano il mandante verso di lui (4).

X. *Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, idest, vel ejus qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo qui tibi mandaverat, tu, ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum,* posse te agere mandati actione: *alioquin* justa et probabilis ignorantia *tibi damnum adferret. Et huic simile est quod placuit si debitores,* manumisso *dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos, cum alioquin stricta juris ratione non possent liberari, quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.*

10. Similmente finisce il mandato, se prima dell'esecuzione interviene la morte di un di loro, cioè o di colui che ha commesso, o di colui che ha riceto la commessione. Ma piacque per ragion di utilità, che se colui, il quale diede la commessione, sarà morto, e tu ignorando la sua morte avrai dato esecuzione al mandato, *abbi azione di mandato contro gli eredi*. perchè altrimente la tua *legittima e plausibile ignoranza* ti apporterebbe danno. Ed a questo è simile quel che fu deliberato, che se i debitori, *manomesso* l'amministratore di Tizio, pagheranno al liberto il debito, non sapendo lui esser libero, non sono altrimenti tenuti: mentre per stretto diritto non potrebbero esser ragionevolmente liberati dal debito, avendo essi pagato ad altra persona che a quella a cui doveau pagare.

Posse te agere mandati actione. In fatti il contratto di mandato è sciolto, ma l'obbligazione d' indennizzare il mandatario sussiste tuttora (5).

Justa et probabilis ignorantia. Ma dopo la morte del mandatario i suoi eredi eseguendo il mandato non possono aver l'azione di questo contratto, perchè essi non possono ignorare la morte del loro autore; per essi non vi è *justa et probabilis ignorantia* (6).

Manumisso. Sarebbe lo stesso se non fosse liberato questo schiavo, ma gli fosse tolto il suo uffizio, o fosse alienato dal suo padrone all'insaputa de' debitori (7).

XI. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est, aut quam primum renuntiandum: ut per semetipsum, aut per alium eamdem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuntiatur, ut integra causa mandatori reservetur eamdem rem explicandi, nihi-*

(1) *D. 17, 1.* Mand. *3, f. Paul.; 4, f. Gai.; 5, f. Paul.; 35, f. Julian. — 45, 1.* Verb. oblig. *1,* § *4, f. Ulp.*
(2) *17, 1,* Mand. *22. pr. e* § *1, f. Paul.*
(3) *Ivi 5,* §§ *3, e 4, f. Paul.*
(4) *D. 17, 1.* Mand. *15, f. Paul.*
(5) *D. 17,* Mand. *26, pr.; e 58 pr. f. Paul.*
(6) *Ivi 27,* § *3, Gai.*
(7) *D. 46, 3.* De solut. *31, f. Paul. — 16, 3.* Depos. *11, f. Ulp.*

lominus mandati actio locum habet: nisi justa causa intercessit, *aut non renuntiandi*, *aut intempestive renuntiandi.*

11. Ciascuno è libero di non accettar il mandato, ma dopo averlo accettato, il mandatario deve eseguirlo, o rinunziare più tosto che possa, affinchè il commettente possa far quella tal cosa per se medesimo, o commetterla ad altri. Perocchè se si rinunzia in tempo che la cosa non è più nei suoi termini, sì che il mandante non possa comodamente eseguirla, si è tenuto per azion di mandato, *salvo se vi fosse stato qualche giusto impedimento* per cagion del quale non si fosse rinunziato, o si fosse rinunziato tardi.

Nisi justa causa intercessit. Per esempio una grave, e subita malattia, un'inimicizia capitale sopravvenuta tra il mandatario, ed il mandante, l'insolvibilità di quest'ultimo (1).

XII. *Mandatum et in diem diferri, et sub conditione fieri potest.*

12. Il mandato può commettersi sino a un dì, o sotto condizione.

XIII. *In summa sciendum est mandatum nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere; nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse. Et, ut generaliter dixerimus, quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, iis casibus, interveniente mercede, locatio et conductio contrahi intelligitur. Et ideo si fulloni polienda, curandave vestimenta quis dederit, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede costituta, neque promissa, mandati competit actio.*

13. In somma si ha da sapere che se il mandato non è fatto gratis non è più mandato, ma cade in altra forma di negozî, perciocchè essendovi mercede, comincia ad esser locazione. E per dirlo generalmente in tutti quei casi in cui pigliando un carico senza mercede si contrae negotio di mandato, o deposito, in tutti que' medesimi intervenendo mercede, s'intende che si contragga locazione. Laonde se qualcuno darà al tintore una veste perchè la tinga, o al sartore perchè la cucia, senza stabilire ne prometter mercede niuna, compete l'azion di mandato.

Questo principio che il mandato è essenzialmente gratuito, «*nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo est officio merces* (2), questo principio non impediva che si ammettesse una distinzione, la quale forse principalmente è fondata sull'amor proprio. Se il mandante senza pretendere di pagar con una somma di danaro un servigio che gli si dee rendere, deve pagare, o promette una somma piuttosto per attestato di riconoscenza, e per onorare il mandatario che come prezzo d'una locazione (*remunerandi gratia honor*), si ammette che il contratto non cessi per questo di esser mandato, sì dà alla ricompensa il titolo pi onorario (*honorarium*), ed a questo titolo l'obbligazione di pagarla si sostiene. Questo avviene da prima generalmente per quelle professioni che i Romani appellavano liberali (*liberalia studia*): professori, filosofi, retori, medici, avvocati, geometri, agrimensori, ed altri. « *Non credideruut veteres*, dice Ulpiano, parlando di quest'ultimo (d'un *mensor agrorum*), *inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi; et id, quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde honorarium appellari* (3) ». Solamente è a notarsi una differenza importante, ed è che il pagamento di siffatti onorarî non si domanda con un'azione ordinaria, ma sibbene con una straordinaria innanzi al magistrato, pretore o presidente della provincia, il quale pronunzia egli medesimo *extra ordinem* secondo le occasioni (*causa cognita*), il che importa il potere di fissare ad arbitrio del detto magistrato gli onorarî, ed anche ridurli, se vi ha luogo, quando sono stati convenuti (4). Benchè in questa distinzione campeggi principalmente l'amor proprio, pure essa non manca di avere in fondo qualche cosa di vero. In fatti niuno crede in suo pensiero di essersi sdebitato per alquanto danaro verso il medico, che lo ha salvato dai dolori, o dal pericolo della vita, verso il maestro che ha formato il morale, e coltivato lo spirito, verso l'avvocato, che si è dedicato alla difesa. Si sente bene che cosiffatti servigi onorevolmente renduti non sono l'oggetto di un contratto puramente pecuniario; che un elemento più immateriale entra in esso contratto; e che anche dopo dato il danaro si resta debitore di qualche altra cosa, della quale non si crede aver debito verso il più onesto operaio, il cui lavoro si è locato. Ma l'ammessione d'una ricompensa pecuniaria nel mandato sotto la qualificazione di onorarî non è stata ristretta al solo esercizio delle professioni dette liberali, ma è stata estesa eziandio

(1) *D. 17, 1* Mand. *23, 4 e 25, f. Hermog. et Paul. — Paul. Sent. 2, 15, § 1.*
(2) *D. 17, 1.* Mand. *1, § 4, f. Paul.*
(3) *D. 11, 6.* Si mensor falsum modum dixerit. *1, pr. f. Ulp.*
(4) *D. 50, 13,* De extraord. cognit. *1, f. Ulp.*

ad ogni specie di mandato, se si tratta di un fatto, che non suole formar l'oggetto d'una locazione: « *Si tale est factum, quod locari non possit* » per contrapposto a « *Si tale sit factum quod locari solet* (1) », e quando sia stato spezialmente convenuto un salario. Questo salario, purchè non si tratti d'un'offerta incerta (*salarium incertae pollicitationis*) è dovuto dal mandante, e se ne può domandare il pagamento; ma la cognizione ne appartiene, come nel caso precedente, al magistrato *extra ordinem*. » *De salario quod promisit, apud praesidem provinciae cognitio praebebitur* (2) ».

Azioni relative al mandato.

L'azione che risulta dal contratto di mandato, e che serve a domandare a vicenda da amendue le parti l'adempimento di tutte le obbligazioni appellasi *actio mandati* azione di mandato; *actio directa* pel mandante, come quella che nasce direttamente ed immediatamente dalla convenzione: *actio contraria* pel mandatario, come quella che non ha altrimente origine, che da' fatti posteriori, i quali obbligano il mandante (*ex post facto*). Tutte e due le azioni sono di buona fede: la prima, cioè l'azione diretta, in caso di condanna produce infamia (3).

Riguardo ai terzi noi sappiamo, che oltre le azioni, che regolarmente han luogo tra essi ed il mandatario per effetto delle operazioni di quest'ultimo, hanno eziandio contro il mandante queste medesime azioni, ma sotto la qualificazione d'*actio utilis, quasi institoria* (4); e che lo stesso mandante in fine ha contro di loro nella maggior parte de' casi le azioni utili (v. quì sopra p. 186)

De' patti, e dei casi in cui dan luogo ad un'azione.

Noi abbiamo esaurito la lista de' contratti del diritto civile. Ogni altra convenzione (*pactum, pactio, conventio, pactum, conventum*) secondo lo stretto e primitivo dritto civile non dovea produrre alcun legame di dritto, noi di già l'abbiam detto; ma abbiamo anche accennato che per successive innovazioni diversi effetti furono ad esse attribuite (quì sop. p. 82). Per siffatte innovazioni, i patti o in generale a cagione di certe circostanze, o solamente alcuni di essi in particolare per la loro sola natura, e per se medesimi, poterono produrre delle azioni, e benchè il titolo di contratto sia sempre rimasto riservato alle convenzioni obbligatorie secondo l'antico diritto civile, pure si può dire con verità che il numero ne fu esteso. Questa estensione ebbe luogo gradatamente per mezzo del diritto civile, del diritto pretorio, e del diritto imperiale.

Casi ne' quali i patti si trovano muniti di azioni pel diritto civile. — Patti detti patti aggiunti (*pacta adjecta.*) — Contratti formati re, qualificati contratti innominati (*innominati contractus*); permuta (*permutatio*).

Quel che abbiam detto della vendita (quì sop. p. 168) è vero per tutti i contratti di buona fede: le parti per spiegarne, modificarne, o estenderne gli effetti possono aggiugnervi delle convenzioni accessorie, che fanno un tutto col contratto, e se ne domanda l'esecuzione con l'azione medesima che nasce dal contratto. « *Nuda pactio .. interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei judiciis. Solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei judiciis* ». Così si esprime Ulpiano (5). Ma secondo che dice il giureconsulto continuando la sua frase, egli è necessario per questo che cotali patti abbiano avuto luogo nel tempo medesimo del contratto (*ex continenti*) per modo che ne costituiscano una parte integrante: Questi patti accessorii son quelli che si dicono nella dottrina moderna *pacta adjecta*. Che avverrà poi de' patti congiunti ad un contratto di buona fede, ma dopo il fatto, vale a dire dopo un certo intervallo (*ex intervallo*)? Avendo un'esistenza isolata, van soggetti alla sorte comune dei patti: vale a dire non producono azioni, ma eccezioni. « *In bonae fidei contractibus ita demum pacto actio competit, si in continenti fiat. Nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit* (6) ».

Ulpiano esprime la medesima idea quando dice, che non possono valere per par-

(1) *D. 19, 5*, de praescript. verb. *5, § 2, f. Paul.*
(2) *C. 4. 35.* Mand. *1, const. Sever. et Anton.*; *17 const. Dioclet. et Maxim.* — *D. 17, 1.* Mand. *6, f. Ulp.*; *7, e 56 § 5, f. Pap.*
(3) V. qui appresso *lib. 4, tit. 16, § 2.* — V. nondimeno un caso, in cui la condanna anche nell'azione contraria dovrebb'essere infamante. *D. 3, 2.* De procur. *6, § 5, f. Ulp.*
(4) *17, 1.* mand. *10, § 5, f. Ulp.* — *14, 3.* De instit. *5, § 8, f. Ulp.*
(5) *D. 2, 14.* De pact. *7, § 5, f. Ulp.*
(6) *C. 2, 3.* De pact. *const. Maxim.*

te dell'attore, (*ex parte actoris*), ma solamente per parte del reo (*ex parte rei*), e ne dà immediatamente la ragione: « *Quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones* (1). » Infine Papiniano anche la stessa idea mai sempre manifesta nel dire, che essi sono utili per diminuire, non per aumentare l'obbligazione (*quae detrahunt, non quae adjiciunt aliquid obligationi*) (2). Ma tutte queste locuzioni vengono a dire, ch'essi producono delle eccezioni, non delle azioni, e lo dicono d'una maniera men precisa ed esatta. Infatti convien notare da una parte, che l'attore il quale non può far valere i suoi patti per via di azioni, potrebbe farli valere, se si dasse l'opportunità, per via di repliche; poichè la replica non è una specie di eccezione; da un'altra parte sia che essi abbiano avuto per iscopo di aumentare, sia di diminuire l'obbligazione dell'una o dell'altra parte, conviene sempre attenersi a questa idea, che se il patto è tale, e tal si presenta la occasione, da esservi utilità pel reo a farla valere come eccezione, e l'attore come replica, essi vi sono autorizzati (3). La regola fondamentale ed altre volte ripetuta, e nella quale le altre son contenute è dunque: che questi non producono azione (*ne ex pacto actio nascatur*) (4), ma sibbene eccezioni. Quando parliamo di eccezioni, importa ricordarsi, che trattandosi di contratti di buona fede, le eccezioni fondate sull'equità, non aveano bisogno di essere inserite dal Pretore nella formola, poichè vi erano sottintesi, ed era officio medesimo del giudice tenerli presenti: la qual cosa accresceva l'efficacia di tai patti. Infine Paolo, in una nota sopra Papiniano, aggiunge, che se il patto intervenuto dopo il fatto, è intervenuto stando ancora integre tutte le cose (*omnibus integris manentibus*), e sia caduto sopra punti sostanziali del contratto, p. e., in una vendita sulla diminuzione o aumento di prezzo: trattandosi di contratto puramente consensuale, converrà riguardar le parti come aventi rivocata la prima vendita, e formatane una nuova; di tal sorta, che il patto produrrà in questo caso l'effetto del nuovo contratto (5).

Cosa decidere relativamente ai patti congiunti, *ex continenti*, o *ex intervallo*, a un contratto di stretto diritto? La regola è la stessa ovvero cangia? La quistione è molto dubbia quanto ai patti aggiunti *ex continenti*, e i migliori interpetri son divisi di opinione. Per risolverla con esattezza, usciamo dalle generalità, e percorriamo successivamente ciascuno de' contratti di stretto diritto: essi sono al numero di tre: il *mutuum*, il contratto *verbis*, ed il contratto *litteris*. Per il *mutuum*, è indubitato che il prestatore nel consegnar la somma prestata poteva convenire col prestatario intorno al luogo, all'epoca, al modo del rimborso; e che altre condizioni si potevano aggiungere: tutte queste clausole facevano parte essenziale del contratto, e la esecuzione n'era assicurata per la condictio certi (6); or propriamente parlando, non è questo ciò che può intendersi per patti aggiunti. Ma se nel dar dieci soldi d'oro egli li abbia liberati con la clausola che ne saranno dovuti nove, questo patto sarà perfettamente valido, poichè vi sarà donazione di un soldo d'oro, e mutuo soltanto per gli altri nove. All'incontro se ne ha consegnati dieci, con la clausola di essergliene dovuti undici, potranno soltanto esserne dimandati dieci per la *condictio*, poichè la obbligazione del *mutuum* essendo formata *re*, non può oltrepassare l'ammontante della somma effettivamente consegnata (7). È per la medesima ragione che il patto d'interesse non produrrà obbligazione compresa in quella del *mutuum*. Pel contratto *verbis*, il patto aggiunto *in continenti*, si distingue manifestamente dal contratto medesimo: il contratto è compreso in totalità nelle parole dell'interrogazione, e della risposta: il patto è al di fuori di queste parole. Noi troviamo a tal proposito in una legge del digesto restata famosa una opinione sostenuta da Paolo in una discussione ch'egli riporta come avendo avuto luogo nell'uditorio di Papiniano al proposito di uno scritto comprovante delle stipulazioni, e un patto fatto immediatamente dopo: val

(1) *D. 2, 14.* De pact. *7, § 5, in fine f. Ulp.;*

(2) *D. 18, 1.* De contrah. *empt. 72, pr. f. Papin.*

(3) *D. 2, 14, 7, § 5, f. Ulp.* — *Cod. 2, 3.* De pactis *10, const. Alexand.*

(4) « *Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis agente venditore* ». *D. 18, 1, 72, pr. f. Papin.*

(5) *Ivi.*

(6) *D. 12, 1.* De reb. credit. *3. f. Pomp. 7, f. Ulp. 22. f. Julian.* Si può dire altrettanto delle clausole messe come condizione d'una numerazione, d'una tradizione effettuata; subentra allora il contratto *do ut des, o do ut facias*, e simili clausole che si fan valere per l'azione *praescriptis verbis*. *Cod. 2, 3.* De pactis. *10, const. Alexand., e 7, const. Anton.* — *D. 12, 1.* De reb. cred. *19, pr. f. Julian.*

(7) *Ibid. 11, § 1, f. Ulp.* — *2, 14.* De pactis. *17, pr. f. Paul.* — *Cod. 4, 30.* De non num. *pec. 9, const. Diocl. e Maxim.*

dire che tali patti debbono esser considerati come compresi nella stipulazione (« *Dicebam*, *quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur* »); e comechè questa assertiva di Paolo non sia stata profferita senza contraddizione, non dimeno il patto in quistione, che per altro restringeva le obbligazioni risultanti dalle stipulazioni precedenti, fu considerato come obbligatorio (1). Noi troviamo ancora in un frammento di Ulpiano: che se ad una interrogazione di dare a termine o sotto condizione, il promittente ha risposto che egli renderà ad un altro termine, o puramente, e semplicemente non ne resta ligato; perchè in effetti sia che aggiunga sia che tolga qualche cosa l'obbligazione si trova viziata; meno, dice il giureconsulto, se la divergenza della sua risposta non sia stata immediatamente accettata dallo stipulante; poichè allora si considererà il fatto, come se un'altra stipulazione avesse avuto luogo (2) Su queste due leggi si fondano coloro, i quali pensano, che o si tolga, o si aggiunga alla obbligazione, i patti aggiunti immediatamente al contratto di stretto diritto (dovrebbe dirsi, almeno, unicamente alla stipulazione) son riputati farne parte.

In fine pel contratto *litteris*, la distinzione è anche più precisa, e non può dubitarsi, che i patti quantunque fatti *in continenti*, non fossero al di fuori del contratto. Da questi particolari possiamo riassumere, e conchiudere: che il carattere del diritto romano, e le regole speciali di questo diritto sulla maniera come nascono e s'estinguono le obbligazioni *stricti juris*, si oppongono a far sì, che i patti aggiunti, sia *ex continenti*, sia *ex intervallo*, ai contratti di questa natura prendano la forza del contratto istesso; che potrà dirsi il contrario, quando i patti formino delle clausole, che sono sostanziali al contratto istesso, e destinate a regolarle; ovvero quando è possibile di trovare ne' principii istessi del contratto un mezzo favorevole per convalidarne l'effetto: che la decisione di Paolo, e quella di Ulpiano speciali per altro alla stipulazione, non sono che puri esempii di questa interpetrazione favorevole, sono un indizio della tendenza che al lor tempo già avea la giurisprudenza a far prevalere la intenzione delle parti sul formalismo rigoroso del diritto primitivo; ma che in somma la teoria de' patti aggiunti *in continenti*, e compresi per ciò appunto nell'atto de' contratti, non era positivamente ammessa da' giureconsulti romani, che ne' contratti di buona fede (V. le citaz. a p. 193); stante ne' contratti di stretto diritto rimaneva la regola generale: vale a dire, o che fossero aggiunti *ex continenti*, o *ex intervallo*, essi producevano delle eccezioni, ma non delle azioni; col notare ancora che in questa materia le eccezioni avevano bisogno di essere dimandate al prestatore, e da lui inserite nella formola.

L'idea della causa delle obbligazioni non è formolata in diritto romano in un modo preciso, e ben determinato: non pertanto essa vi si trova sì in realtà, e sì in espressione; ma col suo carattere particolare 3) Quel che i giureconsulti addimandano la causa civile (*causa civilis*) d'un' obbligazione, cioè la causa secondo il diritto civile: ne' contratti *re* è la dazione, o la consegna della cosa: ne' contratti verbali son le parole; ne' contratti letterali è la scrittura nella forma consacrata; ne' quattro contratti del diritto delle genti essa è meno materiale. Ma la giurisprudenza non si è arrestata quì. Se ha avuto luogo un semplice patto, una convenzione non obbligatoria, ma contenente delle promesse reciproche, ed una delle parti abbia volontariamente eseguito ciò che avea promesso, i giureconsulti romani han veduto in siffatta esecuzione una causa di obbligazione per l'altra, perchè altrimente ella si arricchirebbe a spese altrui. Adunque il patto seguito da esecuzione per parte di una delle parti si trova fornito d'una causa di obbligazione (*subest causa*), e per conseguenza diviene un contratto che si potrebbe dire formato *re* nel senso generale di questa espressione (V. p. 82). I quattro contratti reali del diritto civile il *mutuum*, il *commodatum*, il *depositum*, ed il *pignus* non son dunque i soli contratti formati *re*: se ne apre una serie innumerevole per quante sono le convenzioni con promesse reciproche che le parti possono immaginare ed aver interesse di fare. Ma noi vediamo che dei veri contratti del diritto civile aventi ciascuno un essere suo proprio, una natura distinta, e degli effetti particolari, i giureconsulti romani han detto ch'essi non

(1) *D. 12, 1.* De reb. cred. *40, f. Paul.*

(2) « *Nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur* ». *D. 45, 1.* De verb. oblig. *1,* § *3, fr. Ulp.*

(3) Ved. l'espressione di *causa civilis*, e l'idea di causa in un frammento di Pomponio. *D. 15, 1.* De pec. *49,* § *2.*

rimangono nella denominazione generica di convenzione, ma passano sotto la denominazione propria d'un contratto: » *In suo nomine* (*conventionis*) *non stant*, *sed transeunt in proprium nomen contractus*, *ut emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *commodatum*, *et caeteri similes contractus* (1) ». Non si può dire altrettanto dei patti divenuti contratti in seguito dell'esecuzione. Quando anche essi rilevano nel linguaggio una particolar designazione, come per esempio la permuta (*permutatio*), non per questo cessano d'esser confusi in una sola, e medesima classe, e di esser regolati da' medesimi principi. Di quì è venuto l'uso di appellare i primi contratti nominati, ed i secondi contratti innominati. Questi contratti si riducono tutti ad una di quelle operazioni che il giureconsulto Paolo reassume in questa forma: » *Do tibi ut des*, *aut do ut facias*; *aut facio ut des*, *aut facio ut facias* (2)», prendendo la parola *facere* nel senso più ampio, per ogni prestazione. Si vede da questa formola che quì si tratta sempre d'un fatto eseguito: « *do*, *facio* ». Ma quali son le obbligazioni che nascono da questa esecuzione? Questo è quel che importa esaminare. Quegli che ha eseguito non ha il diritto d esigere precisamente che l'altro dia o faccia alla sua volta ciò che ha promesso, perciocchè queste promesse venendo da un semplice patto non sono obbligatorie; ma siccome nel fatto, quegli che non eseguisse, si arricchirebbe a spese dell'altro, e gli cagionerebbe un danno, così questi ha il diritto di convenirlo in giudizio per farlo condannare in caso d'inadempimento a tutt' i danni-interessi: » *ut damneris quanti interest mea illud de quo convenit accipere* (3) ». E per questo vi è un azione che appartiene al diritto civile (*civilis actio*) (4); nella quale la pretensione dell'attore è indeterminata (*qua incertum petimus*), dal che vien chiamata *incerta civilis actio* (5): quest'azione essendo comune a tutti i contratti innominati di qualunque maniera che sieno non ha un nome speciale per ciascuno di tali contratti ma vien indicata con le denominazioni quando separate, e quando riunite di *actio in factum* o *praescriptis verbis* (6). Le quali denominazioni non significano altro, se non che, siccome trattasi di contratti che non hanno in diritto nome proprio, ma solamente son formati pei fatti che son seguiti, il pretore nella prima parte della formola, cioè nella *demonstratio* li indicava al giudice con l'enunciazione preliminare di questi fatti: « *Actio*, *quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat* », dice chiaramente e laconicamente una costituzione d'Alessandro (7); dipoi nell'*intentio* venivano queste espressioni generali che proponevano una quistione di diritto civile (*in jus concepta*) senza determinata limitazione (*incerta*): « QUIDQUID OB EAM REM ... DARE FACERE OPORTET ». Vi ha inoltre questo di particolare, che se il contratto innominato è stato formato per la dazione della cosa, siccome è possibile di ripigliarsi la sua cosa, quegli che l'ha data è ammesso a pentirsi finchè può farlo senza nuocere all'altro contraente: » *licet poenitere ei*, cioè ha la facoltà di mutar consiglio, e domandare che gli si restituisca la proprietà della cosa da lui data (8): » *Vel si meum recipere velim*, *repetatur quod datum est*, *quasi ob rem datam*, *re non secuta* (9)». E vi è per questo una *condictio* che si addimanda *condictio causa data*, *causa non secuta*; o in altri termini: *condictio ob causam datarum* (10).

Il cambio o permuta (*permutatio*) è un contratto di cotal natura, formato non dal solo consenso delle parti, ma dalla dazione d'una cosa, col fine che un'altra ne sia data in cambio: « *do ut des* ». Tutto quel che abbiam detto de' contratti inno-

(1) *D. 2, 14.* De pact. 7, § 1, *f. f. Ulp.* Il giureconsulto continua così: « § 2. Sed etsi in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa *eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem; ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias; hoc συναλλαγμα id est contractum esse et hinc nasci civilem obligationem etc.* — § 4. *Sed cum nulla subsit causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem* ».

(2) *D. 19, 5.* De praescript. verb. et in fact. act. 5, *pr. f. Paul.*

(3) *D. 19, 5.* De praescript. verb. et in fact. action. § 1.

(4) *D. ivi 1* § 2, *f. Papin.*; *15, f. Ulp.* — *C. 2, 4.* De transact. *33, Const. Dioclet.*

(5) *D. 19, 5.* De praescr. v. et in f. act. *6. f. Nerat.* — *Cod. 4, 64.* De rerum permut. et praescript. verb. *6, const. Dioclet. et Maxim.*

(6) *D. ivi 22, f. Gai.*

(7) *C. 2, 4.* De transact. *6, const. Alex.* — Noi vedremo più tardi che le espressioni *in factum concepta* applicate alle formole avevano un senso differente, che non si vuol confondere con questo.

(8) *D. 12, 4.* De condit. causa data causa non secuta, *3*, § 2.; *e 5, pr. f. Ulp.*

(9) *D 19, 5.* Praescript. verb. *5*, § *1 f. Paul.*

(10) *D. 12, 4.* De condictione causa data causa non secuta. — *19, 5.* Praescript. verb. 5 §§ *1, e 2, f. Paul.*; *e 7, f. Papin.* — *19, 4.* De rer. permut. *1.* §. *f. Paul:*

minati in generale tanto relativamente all'azione *praescriptis verbis*, che alla *condictio* vi si applica. Da ciò si vede quanto la permuta differisce dalla vendita ne'suoi effetti, e nelle azioni che ne risultano. Si dee eziandio notare come una differenza notabile, che nella permuta la convenzione tra le parti è di trasferirsi reciprocamente la proprietà: » *do ut des*;—*utriusque rem fieri oportet*» : il che non ha luogo nella vendita. Di maniera che se uno de' contraenti ha dato una cosa che non apparteneva a lui, non vi è stata permutazione. » *Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*»; e quegli che in questo caso si ha ricevuto la cosa altrui può immediatamente domandar addietro la sua con la *condictio*, ovvero domandare i danni-interessi per l'azione *praescriptis verbis* (1).

Si può ancora annoverare nella classe de' contratti formati *re* il caso del precario (*precarium*): sovente con qualche distinzione. I Romani chiamavano *precarium* l'oggetto istesso, che per preghiera di alcuno gli era stato concesso gratuitamente di usarne, finchè piacerebbe al concessionario di lasciarglielo. « *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur* (*tamdiu*), *quamdiu is qui concessit patitur* (2) ». Questo fatto di una preghiera di una dimanda fatta dal concessionario, o da alcuno a lui sottoposto, qui è caratteristico, tuttochè non indispensabile: *precario rogare*, *precarii rogatio*, sono i termini consacrati, e incessantemente riprodotti (3), da ciò deriva il nome di precario — La condizione essenziale di questa concessione è, che l'oggetto dato precariamente sarà restituito, quando il vorrà il concedente (*precarium revocare volenti competit*): talmentechè assegnato da lui stesso un termine alla sua concessione, non ne avrebbe meno il diritto di ridimandar la cosa avanti questo termine, desiderando di riaverla (4). Tale convenzione, seguita anche dalla tradizione, non era annoverata presso i romani nel numero de' contratti determinati dal diritto civile. Essa traeva la sua origine dal diritto delle genti (*quod genus liberalitatis ex jure gentium descendit*), ed avea dell'analogia col commodato (*et est simile commodato*); ma il diritto civile non l'avea ricevuto nel numero de' contratti, nè investito d'un'azione speciale, come avea fatto pel commodato. Ma il pretore avea provveduto alla sanzione di questa convenzione, col dare, o concedere un interdetto, l'interdetto De Precario, per farsi restituire quando volea, la cosa da lui concessa(5). Perciò alcuni mettono il precario nel numero de' patti pretoriani. Nondimeno, come l'obbligazione principale del precario era di restituire, questa obbligazione non poteva nascere, che in seguito della tradizione della cosa; e come questa tradizione poteva parere di costituire di per se una causa civile di obbligazione formata *re*, giusta le vedute di equità nelle quali era entrata la giurisprudenza, questa giurisprudenza finì per ammettere, che il concessionario del precario era obbligato civilmente, e dare contro di lui al concedente l'azione *praescriptis verbis*, per ottenere la restituzione. « *Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus*; *sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur* (6)». Da ciò la classificazione di questa convenzione fatta da altri interpetri, nel numero de' contratti innominati formati *re*. Il diritto del precario passava agli eredi del concedente, ma non a que' del concessionario, poichè la liberalità era tutta personale, essendo stata accordata alle preghiere di questo, e non a quelle del suo erede. « *Precario rogatio ad heredem eius qui concessit, transit*; *ad heredem autem eius qui precario rogavit, non transit* (7)». Sicchè a rigor di ragionamento una volta il concessionario morto, il diritto di reclamar la cosa esisteva contro l'erede in virtù delle regole ordinarie sulla proprietà, e senza che fosse necessario di ricorrere all'interdetto speciale (8). Quanto agli effetti della tradizione a precario sotto il rapporto, non delle obbligazioni, ma de' diritti reali che ne risultano, essi aveano ciò di notevole, che il concessionario in tal guisa otteneva il possesso della cosa, possesso vero, comechè rivocabile alla volontà del concedente: a meno che egli non avesse domandato la cosa espressamente per detenerla, non per possederla (*non ut posside-*

(1) *D. 19, 4.* De rer permut. — *C. 4, 64.* De rer permut. et praescript. verb.—*19,5.* De praescript. verb. *5.* § *1, f. Paol.*
(2) *Dig. 43, 26.* De precario *l. pr. f. Ulp.*
(3) *Iv. 2,* § *3,; 4.* § *2, e 8. fr. Ulp. — Paul. Sent. 5. 6.* § *11, e 12.*
(4) Ivi *2,* § *2. fr. Ulp. 12. pr. f. Cels.*
(5) *Iv. 2 pr. f. Ulp.*
(6) *Iv. 2.* § *1. fr. Ulp.*
(8) *Iv. 12.* § *1, fr.* Cels.
(7) *Paul. Sent. 5, 6.* §. *12, V.* nondimeno *Cod. 8, 9.* De precario *2. const. Dioclet. et Maxim.*

rei, sed ut in possessione esset) (1). In tal guisa l'interdetto de *precario* era un interdetto restitutorio (2).

Infine la transazione (*transactio*), quando non era stata fatta sotto forma di stipulazione, ma che era restata ne' termini di un semplice patto, non diveniva obbligatoria, che per l'esecuzione, o principio di esecuzione di una delle parti, facendo nascere l'azione *praescriptis verbis*; e si poneva fra i contratti innominati (3).

Patti muniti di azione pel diritto pretorio. Patti che son detti patti pretorii, *pacta praetoria*.

Il pretore ha proceduto altramenti in certi casi. Egli ha distinto certe convenzioni particolari, che ha rendute obbligatorie per solo effetto del consenso, investendole d'un'azione di sua propria creazione. Queste convenzioni son quelle che nella scienza si addimandano patti pretori (*pacta praetoria*). Tra questi patti il più notabile è senza dubbio il patto di costituto. Quando vi era un debito o civile, o pretorio, o anche semplicemente naturale (4), se il debitore, o eziandio un'altra persona senza stipulazione, nè contratto *litteris*, ma per semplice patto prometteva di pagar questo debito preesistente, il pretore teneva questa promessa per obbligatoria, e dava un'azione pretoria per domandarne l'esecuzione. Questo patto è quel che i Romani appellavano *constitutum*, costituto. Esso traeva la sua origine da una somigliante istituzione del diritto civile, che il pretore avea imitata rendendola generale.

In fatti l'uso de'banchieri che facevano il commercio del danaro, e che però eran detti *argentarii* era approvato e sanzionato dal diritto civile fin dai tempi antichi. Spesse volte il cliente, che avea pratica d'affari con un *argentarius*, quando trovavasi debitore di qualcuno menava il suo creditore innanzi al suo banchiere, il quale pagava per suo conto, o almeno prometteva di pagare in un determinato giorno. Questo addomandavasi *recipere*, cioè *ricevere un giorno pel pagamento*; e per eccezione alle regole ordinarie, questa promessa del banchiere, tuttochè fatta senza solennità, nè *verbis*, nè *litteris*, ma per semplice convenzione, era riconosciuta per obbligatoria dalla giurisprudenza civile, e ne risultava un'azione di diritto civile, nominata *actio receptitia*.

Il pretore non fece altro che render generale cosiffatta istituzione, ed applicare a tutti senza distinzione, quel che nel diritto civile avea luogo pe' soli banchieri, quando stabilì pel suo editto, che se una persona qualunque avesse anche per semplice patto dato o statuito un giorno pel pagamento d'un debito preesistente, egli farebbe eseguir siffatta convenzione. In quel modo che *recipere* significava *ricevere un giorno pel pagamento*, in quel medesimo modo *costituere* significò *dare un giorno pel pagamento* d'un debito preesistente, e ne risultò un'azione pretoria, detta *actio de constituta pecunia*, come dalla semplice indicazione del giorno dato dal banchiere nasceva l'azione civile *receptitia*. Salvo tra queste due azioni alcune differenze importanti, che esporremo più avanti.

L'indicazione d'un giorno fisso pel pagamento era siffattamente di essenza del constituto, che se vi era stata la sola convenzione di pagare senza indicazione del giorno, si poteva sottilmente sostenere, che non si era debitore. Ma il giureconsulto Paolo ne insegna che in questo caso si dava una lieve dilazione di dieci giorni almeno (5).

Il testo medesimo dell'editto intorno a quest'istituzione pretoria ci è stato conservato nella maggior parte ne'frammenti del Digesto (6). Ed Ulpiano espone in questi termini il motivo generale del pretore. « *Hoc edicto praetor favet naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit: quoniam grave est fidem fallere* (7).

Pertanto se noi vogliam ricercare qual'era l'utilità, o il valore di questa innovazione del pretore, noi la troviamo più grande, che a prima vista non pare. Diciamo in prima che questa promessa per semplice patto di pagar il debito preesistente non alterava per nulla l'esistenza di questo debito; essa non formava una nuova obbligazione che estingueva la prima, e la sostituiva, ma era una obbligazione nuova e concomitante che lasciava sussister interamente la prima. Soltanto

(1) *D. 41, 2.* De adquir. possess. *10, pr.* e § *1. fr. Ulp. 41, 3, 33.* § *6, f. Julian.*
(2) *43, 26, 2.* § *1. fr. Ulp.*
(3) *D. 2, 15, e Cod. 2, 4.* De transactionibus.
(4) *D. 13, 5.* De pec. const. 1, §§ *6, a 8, f. Ulp.*
(5) *D. 13, 5.* De pec. const. *21,* § *1, f. Paul.*
(6) *Ivi 1,* § *1, e 16,* § *2, f. Ulp. — C. 4. 18.* De const. pec.
(7) *D. ivi 1, pr. f. Ulp.*

il pagamento dovea ad un tratto estinguerle tutte e due: « *Solutio ad utramque obligationem proficit* (1) ». Ciò posto se si suppone che la prima fosse un'obbligazione riconosciuta dal diritto civile, o anche solamente dal diritto pretorio, e già munita conseguentemente d'un'azione, il costituto fatto dal debitore medesimo, tranne il vantaggio di aver due azioni sovente di diversa natura, invece di una, non presenta alcuna notabile utilità, se non in quanto le parti abbiano in questo patto di pagamento apportato qualche modificazione alla precedente obbligazione. Questo in fatti era ciò che potea aver luogo, e che dovea per lo più avvenire in somiglianti casi (2). Ma se si suppone che la prima obbligazione fosse una semplice obbligazione naturale, proveniente per esempio essa medesima da un patto, e per conseguente sfornita d'azione, il costituto, o patto di pagamento veniva a dare al creditore l'azione che gli mancava. Per modo che in ultima analisi esso era un mezzo di ottenere in due volte, vale a dire in due patti, quel che non si poteva ottenere in un solo (3). Finalmente, in ogni caso, se il costituto è fatto non dal debitore ma da un terzo, esso presenta una grande utilità; perciocchè questo terzo si trova obbligato come cauzione del debito altrui, senza che vi sia da parte sua nè mandato, nè fideiussione: ed è questa un'altra spezie d'*interessore* per semplice patto. Si vede che in definitivo il costituto è un modo facile ed ingegnoso o di modificare per semplice patto il pagamento di un'obbligazione anche civile: o di rendere obbligatorio per semplice patto il pagamento d'un' obbligazione puramente naturale; o in fine di rendersi per semplice patto cauzione del debito di un altro.

Il costituto nella sua origine non si applicava che alle obbligazioni di quelle cose, *quae numero, pondere, mensurave consistunt* designate sotto la denominazione generale di *pecunia*; Giustiniano l'ha esteso ad ogni specie di cose, ed ha interamente fusa l'antica azione civile *receptitia* nell'azione pretoria di *constituta pecunia* (4). Si pone nel numero de' patti praetoriani anche quello di giuramento estragiudiziario, investito, per l'editto d'una azione pretoria, sulla quale noi dobbiamo ritornare in prosieguo (lib. 4. tit. 85. 2.

Patti muniti di azione pel diritto imperiale — Patti che son detti legittimi (*pacta legitima*).

Le costituzioni imperiali fecero alla loro volta per certe convenzioni, ciò che l'editto del pretore avea fatto per alcune altre: esse le resero obbligatorie, e produttive di azione pel solo consenso delle parti. Ma benchè queste costituzioni avessero il carattere di leggi e facesser parte del diritto civile, le convenzioni, per tal modo da esse sanzionate non furono onorate del titolo di *contratti*, la cui lista pareva irrevocabilmente chiusa, ma conservarono la denominazione di patti, alla quale si ebbe il diritto di aggiugnere l'epiteto di *legittimi*. Paolo in questi termini ci dà la definizione di cotai patti: « *Legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege, vel senatus-consulto adjuvatur* ». In tutti i casi in cui non sono stati forniti d'un'azione speciale, una azione comune si applica a tutti, la *condictio ex lege*. Tal'è il principio enunciato dal giureconsulto Paolo: « *Si obligatio lege nova introducta sit, nec caulum eadem lege quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est* (5) ». Tra i patti legittimi son da notare principalmente la donazione (*donatio*), ed il semplice patto di costituzione di dote (*de dote constituenda*), di cui abbiam di già trattato al 1.° vol. Il compromesso rientra in tal categoria (6).

De' patti nudi (*nuda pactio; pactum nudum*).

Fuori di questi casi, di cui abbiamo fatto parola, la convenzione rimane sfornita di azione. Noi la troviamo talvolta nominata da' giureconsulti romani *nuda pactio*, *pactum nudum* (7): ond'è venuta la denominazione di patti nudi, che oggi è in uso. Ma queste convenzioni non son rimaste nel rigore dello stretto diritto civile, sfornite di ogni effetto. La giurisprudenza le ha riconosciute come produttive di obbligazioni naturali: ed è questa una delle fonti più abbondanti di tal maniera di obbligazioni. Adunque per la conoscenza dei loro effetti convien riferirsi a quel che già abbiam detto dell'obbligazione naturale (qui sop. p. 78). Il principale è che presentandosi l'occasione si possono far va-

(1) *Ivi 18*, § *3.; f. Ulp.; e 28, f. Gai.*
(2) *Ivi 1*, § *5, Ulp.; 4, f. Paul.; 3, pr. f. Ulp.; e 25. pr. f. Papin.*
(3) *Ivi 1*, § *7, f. Ulp.*
(4) *C. 4, 18.* De const. pec. *2, const. Justin.*
(5) *D. 12, 2.* De condict. ex lege *1, f. Paul.*
(6) *D. 4, 8, e C. 2, 56,* de recept. arbit.
(7) *D. 2, 14.* De pact. *7*, § *5, f. Ulp.*

lere per eccezione. « *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (1) ».

Convenzioni proibite — Il giuoco *(alearum, lusus)*; **la scommessa** *(sponsio)*.

Talune convenzioni, per motivi di morale, di giustizia, di protezione speciale accordata a talune persone, o di ordine pubblico, erano proibite nel diritto romano (2).

Tali erano p. e. il patto, che il creditore gagista per mancanza di pagamento alla scadenza, non potrebbe far vendere il pegno (*ne vendere liceat*), o che resterebbe a lui venduto senza alcuna vendita (*lex commissoria*) (3); i patti o stipulazioni di interessi al disopra della tassa fissata (V. appresso, spiegazione al tit. seg. Degl'interessi); l'intercessione delle femmine, dopo il senato consulto Vellejano. (V. innanzi p. 140), i patti dotali contrarii, sia alla destinazione della dote, (*functio dotis*), sia alla reverenza dovuta al marito (*contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est* (4). Di questo numero erano ancora le convenzioni relative ai giuochi di azzardo (*alearum lusus*) (5), e le scommesse (*sponsiones*) fatte alla occasione di simili giuochi (6).

Le convenzioni fatte contro siffatte proibizioni erano colpite di nullità: « *Pactum contra jus, aut constitutiones, aut senatus consultum interpositum nihil momenti est* (7) ». Sia che esse fossero rimaste nei termini di un nudo patto, sia che fossero state aggiunte ad un contratto, o seguite da un principio di esecuzione, o anche che fossero state rivestite della forma delle stipulazioni, non producevano alcuno degli effetti di che abbiamo parlato pocanzi. Esse non valeano, nè come contratto *verbis*, nè come patto aggiunto, nè come contratto formato *re*, nè come semplice patto producente obbligazioni naturali; non potevano essere invocate nè per azione, nè per eccezione; non eran suscettive nè di essere innovate, nè garentite da fidejussione, da costituto, ipoteca, o qualunque altra sicurezza accessoria; e le conseguenze del pagamento, o del principio di esecuzione fatta per una delle parti erano la ripetizione per la *condictio indebiti* (8).

TITULUS XXVII.

De obligationibus quasi ex contractu.

TITOLO XXVII.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO QUASI DA CONTRATTO

Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de iis obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

Dopo che noi abbiamo esposte le varie sorte di contratti, ragioniamo anche di quelle obbligazioni, le quali si vede che non nascono propriamente da contratto, ma perchè non prendono la loro origine da un delitto pare che nascano quasi da contratto.

Noi abbiamo già spiegato queste frasi, *obligationes quae quasi ex contractu nascuntur* (qui sop. p. 80). Noi sappiamo che secondo l'antico diritto romano in tutto il suo rigore le due cause primitive di obbligazione sono unicamente: il contratto (*contractus*), ed il delitto (*maleficium* o *delictum*); di maniera che quando la giurisprudenza civile riconobbe altre cause che non si contenevano sotto alcuna delle due predette, disse nondimeno che esse erano imitazioni, o svariate figure di quelle cause primitive (*variae causarum figurae*); esse le ridussero al contratto, o al delitto, secondo che aveano più rassomiglianza con l'uno, o con l'altro; e quindi disse che l'obbligazione nasceva *quasi ex contractu*, o *quasi ex delicto*. Dal che son venuti per abbreviazione nel nostro diritto i sostantivi *quasi-contratti*, e *quasi delitti* per dinotare queste nuove fonti di obbligazioni. Il testo dopo le obbligazioni risultanti da'contratti (*ex contractu*) espone quelle che nascono *quasi ex contractu*.

---

(1) *D. 2, 14.* De pact. *7, § 5, f. Ulp.*

(2) Consultatio veteris iurisconsulti, § *4.*

(3) *D. 13, 7.* De pignerat. action. *4. fr. Ulp. 5, e 6. fr.* Pomp. *V.* innanzi *vol. 1. p.313.—Cod. 8, 35.* De pactis pignorum, et de lege commissoria in pignoribus rescindenda, *3, const. Constantin.*

(4) *Paul. Sent. 1, 1.* § *6. D. 23, 4.* De pactis dotalibus *2, e 4. pr. f. Ulp.; 5,* § *1, e 2. f. Paul.; 6. f. Ulp. 14, a 17. — Cod. 5. 14.* De pactis conv. tam super dote, etc. *const. 5, 6, 9, 10. D. 24, 3.* Soluto matrim. *14,* § *1, fr. Ulp,*

(5) *D. 11, 5.* De aleatoribus, *e Cod. 5, 43.* De aleatoribus, et alearum lusu.

(6) *D. 11, 5, 3. f.* Marcian. *e 19, 5.* De praescript. verbis *17,* § *5, f. Ulp.*

(7) *Paul. Sent. 1, 1.* § *4.*

(8) *D. 12, 6.* De condict. indebiti *26,* § *1, e 2. fr. Ulp. Cod. 4, 32.* De usuris, *18, e 26,* § *1-Cod. 4, 29.* Ad sen. cons. Vellejan *9. const. Gord. D. 16, 1.* Ad sen. cons. Vellej. *8,* § *5. f. Ulp., e 16.* § *1, f. Julian. D. 11, 5.* De aleat. *4,* § *1, e 2. f Paul. — 19, 5, 17.* § *5, f. Ulp.*

L'obbligazione, come ogni diritto, così qui come in ogni altro caso è sempre generata da un fatto. Ma questo fatto ha ciò di particolare, che da un lato non contiene alcuna convenzione, alcun accordo di volontà tra le parti sull'obbligazione che fa nascere, per modo che non si può dire essere un contratto, e dall'altro essendo fatto lecito non si può nemmeno dire che sia un delitto, o la figura d'un delitto. Ma siccome in definitivo si avvicina più al contratto che al delitto, vien riferito al contratto. I principali tra questi fatti di cui ragiona successivamente il nostro testo sono: 1. la gestione degli affari altrui senza mandato nè espresso, nè tacito (*negotiorum gestio*); 2. la tutela e la cura; 3. la comunione sì delle cose particolari e sì delle universalità, che ha luogo tra più persone senza convenzione di società (*communio incidens*); 4. l'accettazione d'una eredità; 5. e da ultimo il pagamento fatto per errore d'una cosa non dovuta (*solutio indebiti*). Facendoci a riguardar più da presso noi troviamo questa notabile particolarità, che il maggior numero di questi fatti generatori d'obbligazioni hanno la loro analogia con un contratto determinato del diritto civile, di cui son come la figura. Così la gestione de' negozii, la tutela, la cura sono come delle svariate figure del contratto di mandato; la comune accidentale è come la figura del contratto di società; da ultimo il pagamento per errore dell'indebito è ordinariamente come la figura del contratto di mutuo. Ma questa analogia più intima non si presenta in tutti i casi, e d'altronde si tratta d'una figura molto imperfetta, giacchè il distintivo comune e caratteristico di questi fatti è la mancanza di ogni convenzione tra le parti. Il principio di ragione che domina in questi fatti. e che dà origine alla più parte delle obbligazioni che nascono quasi da contratto è che niuno non dee arricchirsi a spese altrui. Non pertanto vi figura eziandio, comunque più di rado, quest'altro principio, che ognuno è tenuto a riparare il danno arrecato ad altri per propria colpa. E siccome i giureconsulti romani han collocato in questa classe diverse obbligazioni imposte dalla legge per causa di certe relazioni, così si incontra eziandio un altro principio, quello dell'utilità comune, e de' doveri di famiglia, o di società.

I. *Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestae adversus eum qui gessit directa competit actio: negotiorum autem gestori, contraria. Quae ex nullo contractu proprie nasci manifestum est, quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit: ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia; quae sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem, nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere, soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.*

1. Quando dunque qualcuno avrà fatto le faccende di qualche persona assente, nascano tra loro dall'uno, e dall'altro lato azioni, le quali sono appellate de' negozii fatti (*negotiorum gestorum*). Ma al padrone si compete l'azione diretta contro colui che fece il negozio, ed a colui che lo fece si compete la contriaria. Le quali azioni, chiara cosa è che non nascono propriamente da contratto veruno, anzi allora esse nascono, quando alcuno senz'altra commissione si viene ad ingerire negli altrui negozii; laonde per questa cagione coloro per i quali si fanno le faccende restano obbligati quantunque nol sappiano. E questo è stato ammesso per utile altrui, acciocchè non andassero a male i negozii di quegli assenti, i quali essendo costretti a partirsi subito per andar via non avesser potuto commettere a qualcuno l'amministrazione di quelli; poichè niuno certamente li avrebbe tolto ad amministrare, se non avesse dovuto avere azione per quello che avrebbe speso. Ma siccome colui che ha utilmente fatto gli affari obbliga verso di se il padrone pei negozii fatti, così per il contrario egli è tenuto a render conto dell'amministrazione. Nel qual caso ciascuno è costretto a render ragione secondo la più esatta diligenza. E non basta che si sia usata tanta diligenza negli altrui negozii, quanta si suol usarne nelle cose proprie, se un altro più diligente avrebbe amministrato meglio.

II. *Tutores quoque qui tutelae judicio tenentur non proprie ex contractu obligati intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur); sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu mutuae sunt actiones: non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelae actionem, sed ex contrario, tutor cum pupillo habet contrariam tutelae, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.*

2. Parimenti i tutori che son tenuti al giudizio della tutela, non s'intende che siano obbligati propriamente per contratto (poichè tra il pupillo ed il tutore non interviene alcun contratto), ma perchè non son tenuti per maleficio, però egli pare che sieno obbligati quasi per contratto. Ed in questo caso le azioni sono scambievoli, giacchè non solo

Il pupillo ha azione di tutela contro il tutore, ma il tutore eziandio ha azione contraria contro il pupillo, s'egli avrà speso qualche cosa per lui, o si sarà obbligato, o avrà obbligato qualche sua cosa a' creditori del pupillo.

Ai due casi esposti in questi due paragrafi si dee aggiugner quello della cura, e così si avranno le tre spezie di fatti che presentano come una figura imperfetta del contratto di mandato: la gestione di negozii, la tutela, e la cura. Le obbligazioni che risultano da questi fatti son protette da azioni scambievoli tra le parti, e divise ad esempio di quelle del mandato in azioni dirette, ed azioni contrarie. Per la gestione de'negozii; *negotiorum gestorum actio directa*, al padrone le cui faccende si sono amministrate; ed *actio contraria* a colui che le ha amministrate. Per la tutela *tutelae actio directa* al pupillo, quando la tutela è finita; ed *actio contraria* al tutore. Finalmente per la cura, noi sappiamo che in difetto di azione speciale si era data per estensione e per utilità una specie di azione di gestione di negozii: *utilis negotiorum gestorum actio directa* a colui che era stato sotto la cura, ed *actio contraria* al curatore (V. 1 p. 195.)

III. *Item, si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo tenetur* communi dividundo *judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem* necessarias impensas *fecerit, non intelligitur proprie ex contractu obligatus; quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.*

3. Similmente se qualche cosa sia comune tra alcuni senza società, per esempio perchè sia stata loro lasciata egualmente in legato, o donata, ed uno di loro sia tenuto all'altro per l'azione *communi dividundo*, perchè egli solo abbia preso il frutto di quella tal cosa, o perchè il compagno di lui abbia egli solo fatto *le spese necessarie*; non s'intende ch'egli sia obbligato propriamente per contratto, non essendone tra loro intervenuto alcuno; ma perchè non è tenuto per quasi contratto.

Necessarias impensas. Il nostro testo parla solo di spese necessarie, ma molti dicono, le spese in generale senza distinguere se erano necessarie, o semplicemente utili (1). Non pertanto egli è vero che altra volta alcuni autori pensavano che la persona avente qualche cosa in comune non poteva aver azione che per le sole spese necessarie. Questa opinione avea prevaluto per la dote (2), ed è probabile che il compilatore del nostro paragrafo abbia seguito questo avviso. Non pertanto noi non siamo costretti a pensare, specialmente avuto riguardo ai molti testi inseriti nel Digesto, che Giustiniano indicando solamente le spese necessarie abbia voluto escludere le altre (3).

VI. *Idem juris est de eo qui coheredi familiae erciscundae judicio ex his causis obligatus est.*

4. Lo stesso è di colui il quale per le medesime cagioni che sopra abbiam dette è obbligato verso il coerede per l'azione *familiae erciscundae*.

I due casi indicati nei paragrafi precedenti son quelli che presentano come delle svariate figure del contratto di società, cioè la comunione accidentale in una proprietà per indiviso, o in un'eredità. Ad esempio dell'azione *pro socio* una sola e medesima azione si dà anche a ciascun delle persone in comunione: l'azione *communi dividundo* nel caso di comproprietà per indiviso; l'azione *familiae erciscundae* nel caso di coeredità. Noi sappiamo che lo scopo principale di queste azioni era di far seguire la divisione; che per conseguenza esse importavano principalmente, e necessariamente un'aggiudicazione, (V. 1. p. 217, e qui sopra pag. 184. Ma il giudice avea eziandio il potere di prendere in considerazione tutto quello di cui i comproprietarî, o i coeredi potevano per avventura esser tenuti gli uni rispetto agli altri sia per spese di amministrazione della cosa comune, sia per raccoglimento di frutti, per deterioramenti, per disuguaglianza di parti, o per altre somiglianti cagioni, e per conseguenza di pronunziare delle condanne. Noi abbiamo già sufficiente indicato (qui sopra pag. citat.) le differenze che dividono l'azione *communi dividundo* dall'azione *pro socio*.

Si può riferire a questi due casi quello della confusione de' limiti tra proprietà vicine: benchè in questo caso non vi sia comproprietà, nè comunione, come ne' due precedenti: nondimeno questo fatto stabilisce tra i proprietarii vicini delle obbligazioni reciproche di far seguire la determinazione de' confini, e di rendere conto di

(1) *D. 10, 3.* Com. div. *6, pr. e § 3, f. Ulp.; 11, f. Gai. 12, f. Ulp. 14, § 1, f. Paul. 22, f. Pomp. 29, f. Paul. — D. 17, 2.* Pro soc. *34, f. Gaio; e 65, § 13, f. Paul. — D. 44, 7.* De oblig. et act. *46, f. Paul.*

(2) *D. 37, 7.* De dot. collat. *1, § 3. Ulp.*

(3) *Ved.* Scarder *hic*; ved. nondimeno la *Glossa Taurin. hic.*

ciò che l'uno può dovere all'altro per effetto della confusione. L'azione data a questo fine a ciascuno de'proprietarii vicini è l'azione *finium regundorum* (1). Essa ha ciò di notabile che può contenere eziandio, aggiudicazion, se il giudice trova convenevole di cambiare in qualche punto i confini, salvo a far tener conto alle parti di questo tale cambiamento.

V. *Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest); et tamen quia ex maleficio non est obligatus heres, quasi ex contractu debere intelligitur.*

5. Parimente s'intende che l'erede non è per riguardo ai legati obbligato propriamente per contratto, perchè non si può propriamente dire che il legatario abbia fatto alcun contratto o coll'erede, o col defunto; e nondimeno perchè egli non è obbligato per maleficio, s'intende esserlo per quasi contratto.

Noi abbiamo già spiegato (v. 1. p.475) le obbligazioni dell'erede quanto ai legati de' quali è incaricato, e le azioni attribuite per questo riguardo al legatario. Questa specie di obbligazione *quasi ex contractu* non si può paragonare ad alcun determinato contratto.

VI. *Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus, ut si certiorem rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is qui accipit obligatur, ac si mutuum illi daretur, et ideo condictione tenetur.*

6. Similmente colui, al quale per errore fu pagato il debito che non gli si doveva, pare sia tenuto quasi per contratto. Ed è tanto vero che non è propriamente tenuto per contratto, che volendo più propriamente ragionare (come di sopra abbiamo detto), dovrebbesi dir obbligato piuttosto per scioglimento, che per formazione di contratto. Imperocchè chi dà il danaro con animo di pagare, lo fa a fine di sciogliere piuttosto che di contrarre il negozio. Ma colui che riceve s'obbliga non altrimenti che s'egli avesse ricevuto in prestito, e però è soggetto alla *condictio*.

Chiunque paga quel ch'egli sa di non dovere non fa un pagamento per liberarsi, ma piuttosto fa una liberalità. Adunque la facoltà di domandare addietro quel che s è pagato non è data se non a colui che paga per errore ciò ch'egli crede dovere, ma realmente non deve. Nondimeno non si darebbe la *condictio indebiti* a colui che, essendo obbligato per diritto naturale adempisse la sua obbligazione credendosi obbligato per diritto civile, perchè, se l'obbligazione naturale non basta per dare un'azione, è però sufficiente per legittimare un pagamento.

Del rimanente il nostro testo dicendo che quegli il quale ha ricevuto una somma non dovuta è obbligato, come se avesse ricevuto in *mutuo* ritiene colui che ha ricevuto questa somma esserne divenuto proprietario: l'errore adunque non impedisce in questo caso il trasferimento di proprietà; di maniera che il pagamento fatto per errore darebbe luogo all'usucapione, se la cosa pagata fosse d'altri, purchè però chi l'ha ricevuta fosse di buona fede. Non potendo i pazzi, ed i pupilli alienare, ne risulta che un pagamento fatto da essi o scientemente o per errore non dà luogo alla *condictio*, ma sibbene alla rivendicazione, se le somme pagate esistono ancora, e solo quando queste non esistono più può aver luogo la *condictio*. Se il pagamento dell'indebito è stato fatto ad un pazzo o ad un pupillo non autorizzato, siccome essi ricevendo non possono obbligarsi, non si ha contro di essi la *condictio indebiti* se non fino a concorrenza di quanto si trovano arricchiti al momento della *litis contestatio*.

Quando il pagamento dell'indebito fatto per errore ha per oggetto delle cose di genere, *quae pondere, numero, mensurave constant*, siccome la proprietà ne è trasferita pel pagamento, e la *condictio indebiti* ha per iscopo al pari che la *condictio certi* del mutuo, di domandare addietro delle cose somiglianti nella medesima quantità e qualità, il fatto del pagamento dell'indebito presenta una grande analogia col mutuo, ed ha potuto ad esso esser paragonato. Ma questo non è il solo caso al quale si applicano gli effetti della *solutio indebiti*. In questa frase debbono ritenersi come comprese tutte le specie di prestazioni d'ogni maniera fatte per errore a vantaggio di un altro, quantunque non gli fosser dovute: non solamente la dazione, o il rilascio di qualunque cosa, ma eziandio l'esecuzione d'un fatto, la sicurtà data per un'obbligazione, la sottoscrizione d'un chirografo, l'abbandono d'un diritto, la rimessione di un debito. In que-

(1) *D. 10, 1.; e C.3. f. 39. Fin. reg.* Qui appresso *lib. 4, tit. 17.* De off. jud. § *4, a 7.*

sti diversi casi la *condictio indebiti* non può più aver per iscopo il farsi restituire delle cose somiglianti nella medesima quantità e qualità, ma solamente di far ristabilire i fatti o i diritti, se questo ristabilimento è possibile, e di farsi indennizzare, se non è possibile (1). In tal caso è evidente che il pagamento dell'indebito non presenta più analogia col mutuo, nè la *condictio indebiti* con la *condictio certi*.

VII. *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt veteres, ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quae* certa constituta *per damnationem cuicumque legata fuerant. Nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis, et fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis praebuit, sed tantummodo in iis legatis, et fideicommissis, quae sacrosanctis ecclesiis, et caeteris venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt. Quae si indebita solvantur, non repetuntur.*

7. Nondimeno sono certe cause per le quali non si può chiedere indietro quel che si è pagato per errore e che non era dovuto. Imperocchè gli antichi decisero, che per quelle cause, per le quali la condanna si raddoppia, se si nega quel che veramente si dee, non si può chiedere indietro ciò che si è pagato indebitamente; come sarebbe per la legge Aquilia, e pel legato. La qual cosa vollero gli antichi che avesse luogo in quei legati, che essendo di un *valore determinato* eran lasciati per condannazione. Ora avendo la nostra costituzione conceduto una medesima natura a'legati, ed ai fedecommessi, ha voluto eziandio che questo accrescimento si estenda a tutti i legati, e fedecommessi; non però a tutti i legatarii, ma solamente in caso di legati e fedecommessi lasciati alle sacrosante chiese, ed agli altri luoghi venerabili che sono onorati per rispetto della religione o della pietà; poichè se a questi si paga ciò che non è dovuto, non si può richiedere indietro.

Ogni qual volta il negare ciò che veramente si deve fa in caso di condanna crescer del doppio la somma dovuta, si considera il pagamento come fatto meno per errore, che per una certa transazione, per evitare il rischio d'una condanna al doppio; e però la *condictio* non ha luogo.

Certa constituta. Teofilo ci dà per esempio di legato *per damnationem certa constituta* quello che è fatto nel seguente modo. IO TI CONDANNO, O MIO EREDE, A DARE A TIZIO LA SOMMA DI CENTO SCUDI, e per esempio d'un legato *per damnationem*, il cui oggetto è *incertum constitutum*. IO TI CONDANNO, O MIO EREDE, A DARE A TIZIO LA SOMMA CHE È NEL MIO SCRIGNO.

Nostra autem constitutio. La costituzione onde parla Giustiniano, se dee contenere testualmente le disposizioni, di cui quì l'imperadore fa menzione, non esiste più; ma è più probabile ch'egli abbia voluto dire, che da questa costituzione si potevano trarre le conseguenze, di cui in questo luogo fa parola; ed allora questa costituzione si trova nel suo Codice (6,43 *commun. de legat.* 2.—1.3 *De episc.* 46 § 7.

Caeterisque venerabilibus. Questi altri luoghi venerabili erano i monasteri, i luoghi di rifugio per gli stranieri, pei mendici, per gli orfani, pei bambini, pei vecchi (2).

Della prestazione delle colpe.

Ora che abbiam discorso di tutte le obbligazioni nate dai contratti, o quasi dai contratti, abbiamo gli elementi necessarii per vedere fino a qual punto i romani giureconsulti aveano in questa materia ridotto a sistema una dottrina importante sulla quale si è molto studiato, e dal principio del secolo fin oggi si è pubblicato soprattutto in Alemagna un gran numero di monografie: io intendo parlare della teoria delle colpe. A noi non resto altro, per così dire, su questo punto, che riassumere ciò che di già trovasi detto.

Il danno che una persona soffre può provenire o da un caso fortuito (*casus*), da una forza maggiore (*vis major*) che l'uomo non può prevedere, nè allontanare; o da un fatto, da una omessione che proviene da un'altra persona. Niuno, salvo una convenzione in contrario, è risponsabile de'casi fortuiti, o della forza maggiore (3). Chi ha diritto sia di proprietà (o qualunque altro diritto reale), sia di credito, dee soffrire gli accidenti fortuiti o di forza maggiore da'quali l'oggetto del suo diritto può esser colpito, o secondo che comunemente si dice, egli ne dee correre il rischio (*periculum*). In quanto ai fatti, o alle omessioni dell'uomo, se questi ha usato semplicemente d'un suo diritto, non è risponsabile verso alcuno: « *Nemo damnum facit*,

(1) *D.12, 6.* De condict. ind.22, § *1, f.Pomp.; 26,* § *12.; e 31, f. Ulp.; 39, e 40.* § *2, f.Marc.*— *C. 4, 5.*De condict ind.*3, const. Dioclet et Maxim.*

(2) *C. 1, 2.* De sacrosan. eccl. *23, const. Justinian.*

(3) *D. 50, 17.* De reg. jur. 23, in fin. *f. Ulp.*— *C. 4, 24.* De pignerat. act. 6, const. *Alex.*

« *nisi qui id fecit quod facere jus non ha-* « *bet.* « *Non videtur vim facere, qui suo jure* « *utitur* » (1). Ma se il fatto o l'omessione sono illeciti, possono allora essere addebitati al loro autore, e produrre per lui, in materia civile, l'obbligazione di riparare le conseguenze. Qualunque sia la rassomiglianza che questi fatti abbiano coi casi di delitto, o di obbligazioni nate quasi da delitto, noi non abbiamo qui ad occuparcene sotto questo aspetto; noi li dobbiamo unicamente esaminare ne'casi di contratti, o di obbligazioni nate quasi da contratto.

I fatti illeciti, cioè contrarî al diritto (*injuria*) che recano danno ad altrui, e sono imputabili al loro autore si dividono in dolo (*dolus*) ed in colpa (*culpa*). Dolo (*dolus*) allorchè tali fatti sono stati commessi con disegno di nuocere da una persona che ha ragione e libertà morale; colpa (*culpa*) quando sono avvenuti senza rea intenzione. Il dolo così considerato differisce per certe gradazioni da quello che è definito da Labeone, e che ha per fine l'ingannare una persona, e carpire il suo consenso mediante qualche artifizio (2). Qui si tratta di ogni pregiudizio illecito arrecato a disegno, anche senza intervenimento della persona danneggiata, qui vi ha una misura ben caratteristica, e facile a comprendere: il disegno di nuocere. In tutti i casi ciascuno è risponsabile del suo dolo; e non è neppure permesso di convenire anticipatamente che alcuno non sia tenuto del proprio dolo: « *Illud nulla pactione effici potest ne dolus* « *praestetur* (3) ».

La parola colpa (*culpa*) comprende diverse idee, ed è capace di svariate gradazioni. Un punto comune è la mancanza d'intenzione di recar danno. Ciò posto il danno che ha avuto luogo può essere il risultamento o di azioni, o di omessioni dannose: forza impulsiva in un caso; semplice inazione nell'altro. Or si comprende che se l'uomo è generalmente tenuto di astenersi da ogni azione nociva ad altri, egli non è egualmente obbligato ad impiegare la sua attività per servizio di altri, nè di vegliare per gl'interessi altrui, o di rispondere in questo punto de'risultamenti della sua inazione. Ma un contratto o alcune particolari relazioni possono venire ad imporgli anche questa tale obbligazione. Quest'attività, questa cura dell'uomo nello scopo di allontanare ogni danno, che potrebbe sopravvenire, riceve da'giureconsulti romani il nome di *diligentia*; di colui che vi è tenuto, dicesi ch'egli deve *praestare diligentiam*; e l'omessione, la negazione di siffatta attività è la *negligentia*, o l'*omissio diligentiae*. Quando quest'attività si dee applicare a guardare, e conservare una cosa corporale, essa prende il nome particolare di *custodia* e porta ordinariamente l'idea che si è risponsabile de'furti, delle distornazioni, delle usucapioni, che una vigilanza più attenta avrebbe potuto prevenire, e talvolta anche de' rischi fortuiti di questa guardia (4).

I giureconsulti romani han diviso manifestamente la colpa in due gradi. Un primo grado, nel quale le danno la qualificazione di *culpa lata*, *culpa latior*, *magna culpa*, colpa grave, e che era assomigliata al dolo in quanto alla responsabilità dei danni interessi: « *Magna culpa dolus est* (5) »; ond'è venuta la denominazione che anco le danno di *culpa dolo proxima*. Un secondo grado, pel quale troviamo le diverse denominazioni di *culpa* in generale, o *omnis culpa*, *culpa levis*, *levior* ed in un solo passo *culpa levissima* (6), la colpa lieve.

Ma questi gradi, questi epiteti non son nulla se non ci si dà il termine di comparazione, l'unità di misura. Qual sarà dunque per valutare la colpa il termine al quale noi la paragoneremo? Per questo ci si presentano due maniere di procedere: o prendere un termine di comparazione assoluta, negli uomini considerati in generale; o prendere un termine di comparazione relativa, nel carattere abituale della persona medesima della quale si debbono valutare i fatti. I giureconsulti romani han seguita l'una e l'altra via. Secondo la prima, per quanto si appartiene alla colpa grave (*lata culpa*), si prenderà per tipo la generalità degli uomini; vi sarà colpa grave in caso di atti, o negligenze dannose che la generalità degli uomini non avrebbe commessi, de' quali tutti avrebber preveduto le conseguenze, e che tutti avrebbero potuto evitare: « *Lata culpa est* « *nimia negligentia*, *idest non intelligere*,

(1) *D. ivi 151, e 155*, § *1, f. Paul.*
(2) *D. 4, 3.* De dol. mal. *1*, § *2, f. Ulp.*
(3) *D. 2, 14.* De pact. *27*, § *3, f. Paul. 50, 17.* De reg. jur. *23, f. Ulp.*
(4) Ved. qui sopra *lib. 3, 23*, § *3*, e qui appresso *lib. 4, tit. 1*, § *17.*
(5) *D. 50, 16.* De verb. sign. *226, f. Paul.* — *16, 3.* Depos. *32, f. Cels.* — *44, 7.* De obl. *1*, § *5, f. Gai.*
(6) *D. 9, 2.* Ad leg. Aquil. *44, pr.*

quod omnes intelligunt » ; così la definisce Ulpiano (1). Per contrario, per la colpa lieve (*levis culpa*), si prenderà per tipo il padre di famiglia più diligente (*quisque diligens, diligentissimus pater familias*). Per essere esente da ogni colpa bisognerà essersi condotto in tutto come si sarebbe condotto un uomo di tal fatta : « *Culpa autem abest si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset* (2) ». Questa da' romani giureconsulti è detta *exactissima diligentia*: « *Tali diligentia, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet* (3) ». Del resto chiaramente si vede da ciò che queste diversità d'espressioni, questi epiteti comparativi, o superlativi: *lata*, *latior*; *levis*, *levior*, *levissima*; *diligens diligentissimus*; *exacta*, *exactissima* non son altro che varietà di stile, e che coloro i quali ne han voluto dedurre l' esistenza di tre gradi di colpa in diritto romano, son caduti in errore ; perciocchè noi non determiniamo altramente il grado che dalla misura che ci è data: or noi veggiamo che questa misura non ne comporta più di due. Secondo l'altra maniera di procedere si prende a tipo il carattere abituale di quel medesimo di cui si debbono valutare gli atti, e si dice, secondo i casi, ch'egli è tenuto di usare anche maggior diligenza, che abitualmente non adopera ne' suoi propri affari, o solo che ne dee usare altrettanta: « *Talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet* (4). Qui vi ha un altra misura: ma egualmente non vi ha che due gradi. Nel linguaggio della scienza dicesi rispetto alla prima maniera di valutazione, che la colpa è considerata *in abstracto*; e rispetto alla seconda, che è considerata *in concreto*.

Ma data la misura de' gradi di colpa, secondo quali principî sarà alcuno risponsabile ne' contratti, o nelle obbligazioni nate quasi da contratto, sarà tenuto solamente del primo, o eziandio del secondo grado di colpa : giusta la prima, o la seconda maniera di valutazione ? Intorno a ciò non vi sono principî generali ed assoluti. I giureconsulti romani han deciso, secondo i casi, e per diverse considerazioni, dalle quali tuttavia è possibile cavare alcune idee dominanti. Sicchè riassumendo tutti i casi di responsabilità che noi abbiam veduto, son tenuti non solamente del dolo, ma di ogni spezie di colpa, cioè della colpa leggiera misurata sull'accuratezza del più diligente padre di famiglia : 1° il commodatario, ed il deponente, perchè il contratto è intervenuto solamente per loro utilità, 2° tanto chi ha dato, quanto chi ha ricevuto il pegno nel contratto di pegno; tanto il venditore, quanto il compratore nel contratto di vendita; tanto il locatore che il locatario nel contratto di locazione, perchè il contratto è nell' interesse di amendue le parti; 3° così il mandatario, come il mandante, quantunque il contratto comunemente intervenga per sola utilità di quest'ultimo : ma ciò avviene per la fede religiosa di questo contratto ; finalmente 4° il *negotiorum gestor*, perchè egli è volontariamente e spontaneamente si è ingerito negli affari altrui (5). Per contrario son tenuti solamente della colpa grave, della colpa che la generalità degli uomini non commetterebbe, o che essi medesimi non commetterebbero, se usassero quella cura che abitualmente pongono nell' amministrazione de' loro proprii affari: 1° il comodante, ed il depositario : perchè essi han renduto col contratto un servigio puramente gratuito, e perchè rispetto al depositario il deponente debbe recare a sua colpa l'avere scelto un depositario negligente; 2° i socii, quelli in comunione, i coeredi nell' amministrazione della cosa comune, ed il marito in quella de' beni dotali (6), perchè si tratta per essi non solamente dell' affare di un altro, ma del proprio affare, e per conseguenza essi hanno una cagione personale per ingerirvisi: « *Hic propter suam partem causam habuit gerendi* (7) »; la qual disposizione è ben ragionevole; perciocchè dividendo con gli altri il pericolo della loro cattiva amministrazione, il loro proprio interesse è una certa garentia; 3° finalmente il tutore, ed il curatore, perchè essendo ad essi imposte le loro funzioni, hanno per questo una causa personale e necessaria di operare per altri (8).

---

(1) *D. 50, 16.* De verb. signif. *213* § *2 f. Ulp.*
(2) *D. 19, 2.* Locat. *25,* § *7.*
(3) *D. 13, 6.* Commod. *18, pr. f. Gai.*
(4) *D. 2, 17.* Pro socio *72, f. Gai.*
(5) Salvochè non l'abbia fatto come costretto da sentimenti di amicizia (*affectione coactus*) in un caso di necessità urgente (*D. 3, 5.* De nego gest. *3,* § *9, Ulp.*) Allora egli rientrerebbe nella categoria che segue.
(6) *D. 17, 2.* Pro socio *72, f. Gai.* — *10, 2.* Famil. ercisc. *25,* § *16.* — *23, 3.* De jur. dot. *17, pr. f. Paul.* e *24, 3.* Solut. matrim. *24,* § *5, f. Ulp.*
(7) *D. 10, 2.* Famil. ercisc. *25, 16, f. Paul.*
(8) *D. 27, 3.* De tutor. et rat. distrh. *1, pr, f, Ulp.*

Della messa in mora *(mora)*.

Allorchè una persona apporta ritardo ad una restituzione o ad un pagamento cui sia tenuto, ritardo contrario alle regole del diritto, si dice che è in mora (*morum facere*) Altrettanto è a dire in senso inverso di colui al quale la restituzione o il pagamento deve esser fatto, se sia egli che apporti al ricevimento un ritardo contrario alle regole del diritto. Così, la mora (*mora*) può aver luogo tanto in fatto di possesso, che di obbligazione; tanto per parte del creditore, che del debitore, di colui a chi la cosa dev'essere restituita, che di chi deve restituirla. Le parole *frustratio, cessatio, dilatio*, sono adoperate in qualche frammento (1) come sinonimi di *mora*, la quale nondimeno resta come vocabolo tecnico.

Questo fatto del ritardo (*mora*) dell'una o dell'altra delle parti, modifica insensibilmente le loro relazioni di diritto. E fra molte altre sono a notarsi due conseguenze. L'una generale: che l'autore del ritardo, cioè, prende ed a suo carico pel fatto di questa mora, gli avvenimenti pregiudizievoli, che potranno ulteriormente sopraggiungere, e che sin dallora la perdita o deteriorazione futura della cosa, salvo quelle derivanti da dolo o da colpa grave per parte dell' avversario sono a suo rischio (2).

L'altra, speciale al ritardo del debitore o detentore, è che dal momento della mora ei deve gl'interessi o i frutti, qualunque siano le obbligazioni anteriori a tal riguardo, ovvero, in termini più generali, una indennità pel ritardo (3).

Stante ciò, si vede che era importante il determinare in quali casi, secondo le regole del diritto, una persona era in mora, e come questa mora poteva cessare. Pel debitore o detentore, in diritto romano vi erano de'casi numerosi ove il fatto solo del ritardo li costituiva in mora senza bisogno di alcuna intima. Ciò avveniva anche pel debitore, sempre che il suo debito era a scadenze fisse, e che la fissazione di questa scadenza (*dies*) viene dalla legge, da un testamento, o da un contratto (4): donde è venuta questa locuzione, straniera non meno a'giureconsulti, che in diritto romano: « *dies interpellat pro homine.* » Lo stesso era ancora per il detentore: tutte le volte che gli era tenuto a restituuire in seguito d'un delitto o d'un possesso di mala fede (5). I giureconsulti romani in tutti questi casi dicono, che la mora avea luogo *ex re* (ovvere *in rem, in re*), cioè per lo stesso fatto (6).

Al difuori di questi casi era necessario che il debitore o detentore per essere in mora fossero interpellati (*interpellatus*), in tempo e luogo opportuno, di fare il pagamento o la restituzione: fatto che il giudice era chiamato a valutare (7). I giureconsulti romani dicevano in questo caso che la mora avea luogo *ex persona* (8).

Quanto a ciò che concerne la mora (*mora*) del creditore, o di colui che avea diritto alla restituzione, essa avea luogo principalmente pel rifiuto di ricevere le offerte validamente fatte, o per mancanza di ritrovarsi al tempo e luogo deter-

(1) *D. 17, 1.* Mandati *37, fr. Afric. et 22, 1.* De usuris.... et mora *3, § 4, f. Papin.* — *ivi 11, e 17, pr. f. Paul.*

(2) *D. 16, 3.* Depositi. *12, § 3.* — *18, 6.* De periculo, et commodo rei vend. *5, f. Paul. et 17, f. Pomp.* — *24, 3.* Solut. matr. *9 f. Pomp. e 25 § 2. Paul.* — *30.* De legatis. *1, 84, § 3, f. Julian. e 108, § 11, f. Afr.* — *45, 1,* verbor. obl. *105, f. Savolen.* — *46, 1.* De solut. *72, pr. f. Marcel.* — Si vede nondimeno da diversi frammenti, che nei casi in cui si era mostrato, che anche senza la mora, la cosa sarebbe egualmente perita, e sarebbe stata egualmente perduta pel creditore, i giureconsulti romani inchinavano ad affrancare il debitore dalla responsabilità de' rischi, comechè la considerazione, che se il creditore fosse stato pagato avrebbe potuto vendere la cosa prima che fosse perita, il più delle volte venga a mettere ostacolo a questo temperamento. *V. D. 4, 2.* Quod. met. caus. *14, § 11, f. Ulp.* — *10, 4,* ad exhib. *12, § 4, f. Paul.* — *16, 3.* Depositi. *14, § 1, f. Gai* — *5, 3.* De heredit. pet. *40, p. f. Paul., et 30.* De legat. *1, 47, § 6, f. Ulp.*

(3) *D. 22, 1.* De Usuris et fructibus.... et mora. *3, pr. f. Papin.; 17, § 3, e 4, f. Paul.; 32, § 2, f. Marcian.; 34, f. Plp.; 41 pr. f. Modest.* — *43, 26.* De precar. *8, § 6, f. Ulp.* — *6, 1.* De reivind. *17. § 1, f. Ulp.* — *45, 1,* verb. obl. *114, f. Ulp.*

(4) *13, 3.* De condict. trad. *4, f. Gai* — *19, 1.* De act. empti, et vend. *47, f. Paul.* — *45, 1.* De verb. obl. *114, f. Ulp.* — *50, 10.* De oper. publ. *5, pr. f. Ulp.* — *C. 4, 49.* De act. emp. *10. Const. Diocl. e Max* — *8, 38.* De contrah. et. committ. stipul. *12, const. Justinian.*, dalla quale si vede che sino a questo imperadore, le regole non ancora erano cosiffattamente stabilite in giurisprudenza, da non dar luogo a delle contestazioni, a por fine alle quali questa costituzione è destinata.

(5) *D. 5, 3.* De petit. hered. *18, pr. et. 20 §. 20 f. Ulp.* — *6, 1.* De rei vind. *13, §. 3, f. Ulp.* — *13, 1.* De condict. furtiva, *ob. turp. caus. 7, const. Dioclet. e Massim.*

(6) *Cod. iv.* — *D. 40, 5.* De fide i com. libert. *26. § 1, f. Ulp.* — *D. 22, 1, 32, pr. f. Marcian.*

(7) *D. ivi.*

(8) *D. ivi.*

minato per ricevere il pagamento o la restituzione che il debitore o detentore erano pronti a fare (1).

Degl' Interessi. (*usurae*)

Si vede sufficientemente, da ciò che precede, come i giureconsulti romani sono stati portati a trattar congiuntamente della messa in mora e degl'interessi.

Si chiama capitale (*sors*, *caput*) l'ammontare della obbligazione principale; e interessi (*foenus*, *versura*, più recentemente *usurae*), le frazioni di questo capitale che il debitore deve di più, in ragion del tempo che il creditore si trova privato della sua cosa. *Res* o *pecunia foenebris* è il capitale che produce interessi. Questa specie di impegno non ha luogo, che nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma in contante, o sebben più raramente delle cose, *quae numero*, *pondere*, *vel mensura consistunt* (3). Gl' interesssi essendo misurati da certe frazioni determinate del capitale, in proporzione del tempo che dura il debito, consistono sempre in cose della stessa natura. Essi in certo modo sono il prodotto periodico (*foetus*, *foetura*) del capitale; così ce lo dice Festo: *Foenus... a foetu..., quod crediti nummi alios pariant; ut apud Graecos eadem res* Τόκος (egualmente *produzione ed interessi*) *dicitur* (4) ». Ovvero se si voglia l'etimologia dell' altra denominazione (*usurae*) è il prezzo di affitto per l'uso (*pro usu*) del capitale. L'economia politica oggidì è venuta a fare un'analisi più sottile e più completa dell'interesse. È certo, che gli scudi prestati non producono altri scudi materialmente, più di quello che la cosa locata non produce materialmente il denaro pagato a titolo di affitto; e che questa idea di prodotto, di parte o di accrescimento (*foetus*) tra il capitale e gl'interessi non può esser presa che figuratamente. Ma quel che v'ha di reale si è che il debitore durante tutto il tempo che esiste il debito, egli dispone a suo profitto, e secondo le sue convenienze del capitale che si appartiene al creditore, mentre costui n'è privato durante il medesimo tempo. Per conseguenza vi è servizio reso ad uno in detrimento dell'altro. Questo servizio, come tutti gli altri può esser reso gratuitamente, o mediante una ricompensa: anche questa è una conseguenza del diritto di proprietà. Ciò che v'ha di reale ancora si è che il creditore corre un rischio più o meno grande di non esserne rimborsato, vale a dire di perdere il suo capitale, e che può cercare ancora nella somma che gli è pagata periodicamente, una prima assicurazione di questo rischio cui va soggetto. L'interesse adunque comprende in pari tempo un prezzo pel rischio come dal creditore, e un prezzo di affitto per l'uso, ovvero più esattamente, per la disposizione del capitale lasciata al debitore.

Intanto se si considera, come è facile al possessore del capitale di abusare de' bisogni che possono essere urgenti di colui che domanda l'imprestito, sovente anche di eccitare le sue passioni e profittarne per costringerlo sotto il titolo d'interessi a delle rimunerazioni esagerate; come questo male si aggrava tutte le volte, che per circostanze qualunque non vi è concorrenza sufficiente a mantenere in una giusta misura il livello di queste remunerazioni, soprattutto ogni qual volta esso si rende generale, e tiene, alla stessa situazione sociale, trovandosi i capitali cumulati nelle mani di un picciol numero, senza che le istituzioni, l'eguaglianza dei diritti, e la libera possibilità di acquistare pel lavoro ne favoriscono lo spargimento; se si osserva infine a qual durezza, a quale avidità, a quale immaginativa surrettizia son rotti que' che si danno, come ad una specie di professione a l'arte di far fruttare i loro capitali mediante prestito ad interesse, vedrà in questa quistione di interesse, una quistione di morale e di diritto, non meno che di politica economia, ed a cui la legislazione non saprebbe restare indifferente.

Avveniva segnatamente nella situazione di Roma ai tempi in cui la plebe era schiacciata (*mersa et obruta* secondo il detto di Livio) dall' usura de' patrizii che s'incontra questa piaga dell' usura (*foenebre malum*, come il chiama Tacito) la causa più frequente di discordie e sedizioni (*seditionum discordiarumque celeberrima causa*). La legge delle XII Tav. fu la prima che cercò di portarvi rimedio, stabilendo per limite d'interesse un dodicesimo (*unciarium foenus*), e punendo della pena del quadruplo il *foenerator* che l'oltrepassava;

(1) *D. 13, 5.* De pecun. const. *16*, §. *2*, *f. Ulp. 17. f. Paul. 18, pr. f. Ulp. 46 3.* De solut. *39, f. Afric.*; *72, pr. et* § *3, f. Marcell. C. 4, 32.* De usur. *6, const. Anton.*, e *19, const. Philipp.*

(2) *D. 22, 1.* De usuris et fructibus. et mora. — *C. 4, 32.* De usuris.

(3) *C. ivi 23, const. Philipp.*

(4) Festus alla parola *Foenus.*

nentre per lo innanzi la tassa era abbandonata all'arbitrio de' ricchi (*ex libidine ocupletiorum agitaretur*) (1).

Ma qui non si arrestano i torbidi e le dissensioni. La città travagliata dallo stesso flagello (*civitas foenore laborans*) lo vede rinascere continuamente. Si succedono plebisciti diversi: l'uno, nel 408, ribassando alla metà la tassa degl'interessi, la riduce a una mezzoncia vale a dire a un ventiquattresimo (*semunciarium foenus*) (2); un'altro nel 413, proibisce interamente il prestito ad interesse (3); altri infine hanno per iscopo di prevenir le frodi, che tante volte represse, rinascono incessantemente con artificii meravigliosi, per eludere le proibizioni (4). Gli oratori, i poeti, i filosofi di Roma concordano in una riprovazione unanime. Catone il rustico, anch'egli percorrendo i diversi mezzi di aumentare il suo patrimonio, e domandando a se stesso « *quid foenerari?* » risponde a tal quistione « *Quid hominem occidere?* » (5). Non dimeno si vede per gli scritti di Cicerone, che al suo tempo la proibizione assoluta, per quanto abbia potuto essere durante il tempo che sia stata mantenuta, non esisteva più, e che il limite ammesso nel diritto come massimo della tassa degl'imprestiti, era designato da una nuova locuzione, quella di *centesima usura*. Questo è l'interesse legittimo (*legittimae usurae*), il più elevato che possa esser preso (*maximae gravissimae*), che esiste ancora ai tempi de' giureconsulti delle pandette, e che si mantiene fino a Giustiniano.

Ma qual cifra si trova designata sotto questo nome di *unciarium foenus*, *semiunciarium foenus*, centesima *usura?*

Tra le divergenze le più gravi, e le più animate controversie che hanno avuto luogo fra gli eruditi, al proposito delle due prime di queste locuzioni, noi crediamo che *unciarium foenus* dinoti l'interesse di un oncia, vale a dire un dodicesimo del capitale per anno; *semiunciarium foenus*, l'interesse di una mezz'oncia, altrimenti detto un ventiquattresimo del capitale per anno; et *centesima usura*, l'interesse d'un centesimo del capitale a pagare alle calende di ciascun mese, che corrisponde al dodici per cento all'anno. Nelle due prime di queste locuzioni, le più antiche, l'interesse frazione del capitale, è calcolato secondo l'antica divisione romana, che noi abbiamo vista per la eredità (Vol. 1. p. 371.), quella dell'asse divisa in dodici once, vale a dire per dodicesimo e per l'annata, nella terza la più recente, è calcolato secondo la divisione decimale, per centesimo, e per ciascun mese (6).

---

(1) Tacit. Ann. VI, 16. « *Nam primo XII tabulis sanctum, ne quis unciario foenore amplius exerceret, quum antea ex libidine locupletium agitaretur* ». Tito Livio attribuisce questa fissazione a un plebiscito posteriore, sulla proposizione (*rogatio*) de' tribuni Duilio e Menio, che la plebe sanzionò ed accolse con ardore, anno 393 o 398. — *Haud aeque laeta Patribus insequente anno, C. Marcio, Cn. Manlio Coss. de unciario foenore, a M. Duilio, L. Menio, Tribunis plebis, rogatio ut perlata: et plebs aliquanto eam cupidius scivit accepitque* ». (Tit. Liv. VII. 16). — *Cato, de re rustica proem.* « *Majores nostri sic habuerunt: itaque in legibus posuerunt, furem dupli damnari, foeneratorem quadrupli* ».

(2) Tit. Liv. VII. 27. *Idem otium domi forisque transit* T. Manlio Torquato, C. Plautio Coss. *semunciarium tantum ex unciario foenus factum, et in pensiones aequas triennii, ita ut quarta praesens esset, solutio aeris alieni dispensata est.*

(3) Tit. Liv. VII. 42. *Praeter haec invenio apud quosdam L. Genucium, tribunum plebis, tulisse ad populum, ne foenerare liceret.*

(4) Tacit. Ann. VI. 16. *Postremo, vetita versura: multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae totiens repressae, miras per artes rursum triebantur* » — Tit. Liv. VII, 21., XXXV. 7. — Gai. 4, § 23.

(5) Daltronde nel luogo citato in questa pag. nota dopo aver detto, che gli antichi nella legge delle XII tavole, aveano voluto che il ladro fosse condannato al doppio e il *foenerator* al quadruplo, aggiunge: « *quanto pejorem civem existimarint foeneratorem, quam furem, hinc liest existimari.* V. anche Cicer. *De offic. 11, 25; Plin.* Hist. Natur. *XVIII, 15, sect. 6, Seneo.* De Benef. *VII. 10.*

(6) Questa spiegazione dell'*unciarium foenus*, già accennata da Stroth, nella sua edizione di Tito Livio, si trova sviluppata dal Niebuhr nella sua *Istoria romana* (tom. 5. pag. 73 e seg. della traduzione). Chiara quanto semplice, e in perfetta armonia col sistema delle misure de' Romani, essa mi sembra indubitatamente esatta. Ma a quale era l'anno cui si riferiva quest'interesse del dodicesimo? Era l'anno primitivo de' Romani, l'anno lunare di dieci mesi, ovvero l'anno comune, quello di dodici mesi, già introdotto da Numa? (V. la nostra *Histoir. du Droit.* n. 9). Ecco quel che non mi pare così chiaramente assodato — Niebuhr sostiene, per analogia con qualche altra istituzione, nella quale il computo per anni di dieci mesi era mantenuto, che si era osservato altrettanto per gl'interessi *unciarium foenus*. Facendo il computo si verrà a supporre che si trattava di un anno di dodici mesi, l'*unciarum foenus* corrisponderebbe nelle nostre locuzioni moderne, all'8 1/3 per cento all'anno, e il *semuniciarum foenus* a 4 e 1/6 per 100. Supponendo chè si trattasse dell'anno di dieci mesi soltanto, queste cifre corrispondono al 10 per 100 e al 5 per 100 l'anno de' nostri giorni. Nelle al-

Gl' interessi, racchiusi nel prescritto limite, potevano esser dovuti presso i romani, sia legalmente per la disposizione dello stretto diritto, sia per virtù di un testamento o di una convenzione. Legalmente p. e. ne' casi di messa in mora, secondo abbiamo detto innanzi: per impiego di denaro altrui fatto da alcuno a suo profitto; per mezzo dovuto dal compratore dal momento della tradizione; per somma dovuta al minore di 25 anni (1). In virtù di un testamento quando il testatore l' abbia ordinato (2). In virtù di una convenzione, vale a dire di una stipulazione speciale, o per patti congiunti incontanente al contratto di buona fede (3). Ma era vietato trarre l'interesse degl'interessi, operazione che si chiamava *anatocismo* (4).

Giustiniano nel suo codice ha ribassato il livello degl'interessi, che si era mantenuto fino a lui, e l'ha ridotto come segue, variandolo secondo la qualità delle persone e le circostanze.

Nel prestito marittimo, interesse per lo innanzi illimitato, le *centesimae usurae*, o 12 per 100; pe' commercianti i due terzi (*usque ad bessem centesimae*) o 8 per 100, per le persone ordinarie la metà (*dimidiam centesimae*) o 6 per 100; infine per le persone illustri, il terzo (*tertiam partem*) o 4 per 100 (5).

TITULUS XXVIII

PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ADQUIRITUR.

TITOLO XXVIII.

PER QUALI PERSONE ACQUISTIAMO UN'OBBLIGAZIONE.

Dopo aver detto delle obbligazioni, e degli avvenimenti da'quali son generate, almeno quanto a' contratti ed alle relazioni di simil fatta, ora passiamo al loro acquisto. Un'obbligazione ci è acquistata, o in altre parole, noi diveniamo creditori, noi acquistiamo l' azione necessaria per astringere all' esecuzione di un' obbligazione, non solamente per noi medesimi, ma eziandio per mezzo de' nostri schiavi, de'nostri figliuoli di famiglia, degli schiavi de'quali abbiamo l'usufrutto, o l'uso, dello schiavo di un altro, ed anche di un uomo libero che possediamo di buona fede come nostro schiavo: vale a dire non solamente quando noi medesimi siamo stati attori negli avvenimenti che han prodotto l'obbligazione, ma anche quando queste altre persone vi sono invece intervenute. L' acquisto delle obbligazioni per mezzo di queste diverse persone non a luogo per tutte in maniera assoluta. L'introduzione de'differenti peculii, e la diversità de'diritti dell'usufruttuario, dell'usuario, o del possessore di buona fede inducono per questo rispetto delle importanti distinzioni a fare. Ma questo argomento è stato di già esaurito per quel che ne abbiam detto in due precedenti capitoli (lib. 2 tit. 9, lib. 3 tit, 17), e ci resterá poco altro da aggiugnere.

Expositis generibus obligationum quae ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eas personas, quae in nostra potestate sunt: veluti per servos, et filios nostros. Ut tamen quod per servos quidem nobis adquiritur totum nostrum fiat; quod autem per liberos, quos in potestate habemus ex obligatione fuerit adquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis, et ususfructus, quam nostra discrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellae nostrae constitutionis divisionem.

Avendo noi esposto le maniere delle obbligazioni, le quali nascono per contratto, o per quasi contratto, abbiamo a notare che noi acquistiamo non solamente per noi medesimi, ma eziandio per quelle persone, che sono in nostro potere, come sarebbe per gli schiavi, e per i nostri figliuoli. Con que-

---

tre interpetrazioni assai più complicate, meno di accordo co' termini ed i fatti, e sostenute nondimeno dalle più gravi autorità, Sigonio, Gravina, Gronovio ec. l'*unciarium foenus* sarebbe l'oncia, non del capitale, ma dell'asse usurario; vale a dire il dodicesimo, pagabile ciascun mese dell'interesse totale di un anno; sinonimo di *centesimae usurae*, dizione alla quale bisogna riportarsi anche per queste epoche anteriori; poichè *unciarium foenus* in questo senso, non dinoterebbe di per se stesso tassa veruna. L'interesse fissato dalle XII tavole sarebbe dunque del 12 per 100 l'anno, come si trovava più tardi ai tempi di Cicerone; e il *semunciarium* sarebbe stato del 6 per 100. Altre interpetrazioni infine menerebbero a vedere nell'*unciarium foenus* 1 per 100, o in senso inverso 100 per 100 all'anno.

(1) *D.3, 5.* De negot. gest. *19*, § *4 f. Paul.*—*17*, 1. Mand. 12. §. *9 f. Ulp.* — *22*. 1. De usur. *6. f. Papin.* 19. 1. De act. empt. 13. *f. Ulp.* — *22*. De usur.—*D.* 31. 89. *f. Paul. C.* 2. 41.—*3. Const. Diocl. Maxim. C. 4. 49.* De action. empt. *5. Const. Diocl. e Maxim.*

(2) *D. 33, 1.* De ann. legat. *3* § *6, f. Ulp.*

(3) *C.* 4, *32.* De usur. *1, const. Anton, 3 const. Sever.; e Anton.*; 7, *const. Anton. D. 16, 3.* Depos. *24, in fin. f. Papin.* — *Paul. Senten.* 2, *14*, §. *1.*

(4) *C. 4, 32.* De usuris. *28, const. Justinian.*

(5) *C. ivi 26*, §. *1, const. Justin.*

sto però che quel che si acquista per i nostri schiavi è tutto nostro, ma quel che ci si acquista per i nostri discendenti che abbiamo in nostra potestà si divide ad imitazione di ciò che la nostra costituzione ha decretato per la proprietà, e l'usufrutto delle cose; vale a dire che di quel profitto che procede dall'azione, l'usufrutto sia del padre, ma la proprietà sia riservata al figliuolo; l'azione poi debb'essere intentata dal padre, secondo la divisione della nostra costituzione.

In quanto all'acquisto, pel padre, delle obbligazioni che procedono dal figliuolo di famiglia, il testo ci rinvia alle regole sull' acquisto della proprietà, o dell'usufrutto, cioè alla distinzione de'diversi peculii (V. 1 p. 316 e seg.): con quest'osservazione, che ne'casi, in cui il padre dee acquistare il solo usufrutto non è già l' obbligazione, che si divide così in nuda proprietà all' uno, ed in usufrutto all' altro, ma sibbene il prodotto, il profitto che risulta dall' esecuzione medesima dell' obbligazione. Per quel che riguarda l'esercizio dell'azione, esso si appartiene al padre (*scilicet patre actionem movente*). Bisogna su tal materia riscontrare le costituzioni di Giustianiano, e notare il caso in cui si tratta dell'acquisto d'una eredità, sulla quale il padre ed il figliuolo di famiglia non sieno d' accordo (1).

I. *Item per liberos homines et alienos servos quos bona fide possidemus, adquiritur nobis; sed tantum ex duabus causis, id est si quid* ex operibus suis, vel ex re nostra adquirant.

I. Noi acquistiamo parimente per mezzo degli uomini liberi, e degli schiavi d'altri, i quali noi con buona fede possediamo, ma solamente per due cagioni, cioè se essi acquistano *colla loro opera, o per mezzo della nostra propria cosa.*

II. *Per eum quoque servum in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter* ex duobus istis causis *nobis adquiritur.*

2. E similmente acquistiamo *per le due cagioni* dette di sopra per via di quello schiavo, nel quale abbiamo usufrutto, o uso.

Ex operibus suis vel ex re nostra. Noi abbiamo già spiegato queste due cagioni in quanto all'acquisto della proprietà (V. 1 pag. 321). Se per mezzo del lavoro dello schiavo nel quale alcuno ha usufrutto (*ex operibus suis*), o per prezzo della cosa dell'usufruttuario, venduta, locata, o in altra maniera conceduta da questo schiavo (*ex re nostra*), non si sia data una cosa, ma contratta un' obbligazione, quest' obbligazione si acquista all'usufruttuario. Lo stesso è pel possessore di buona fede con quelle differenze però, che separano l'uno dell'altro.

Ma quando si tratta d' uno schiavo, nel quale abbiamo semplicemente l'uso, è egli vero che l'obbligazione ci si acquista per queste due cagioni? Se l' obbligazione proviene dalla nostra cosa, l'affermativa non ammette dubbio; ma se proviene dal lavoro fatto dallo schiavo sulla cosa altrui, non è essa come una specie di frutto, e giacchè noi abbiamo il semplice uso dello schiavo, non si dee conchiudere ch' essa non ci può essere acquistata? A noi pare che ciò sia conforme a' principii. E però Gaio non parla dell' usuario (2), ed Ulpiano esprime formalmente la negativa: « *Si quidem ex operis ejus non valebit: quoniam nec locare operam ejus possumus* (3) ». Il nostro testo adunque in quanto a questo punto debb'essere inteso pel solo lavoro, per la sola industria dello schiavo applicata alla nostra cosa.

III. *Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est excepto eo, quod uni nominatim stipulando, aut per traditionem accipiendo illi soli adquirit, veluti, cum ita stipulatur: TITIO DOMINO MEO DARE SPONDES? Sed si unius domini jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen, post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum adquirat qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.*

3. È cosa certa che lo schiavo comune acquista pei suoi padroni in proporzione della parte della proprietà di ciascuno, fuor solamente quello che nominatamente stipulando, o ricevendo per uno di loro, acquista solo per quello, come sarebbe quando egli stipula in questa forma: PROMETTI TU DARE A TITIO MIO PADRONE? Ma se lo schiavo avrà stipulato per comando di uno de' suoi padroni, quantunque per innanzi fosse qualche dubbio, nondimeno dopo la nostra decisione si è ordinato che l'acquisto sia solamente di colui per comando del quale egli ha stipulato, siccome si è detto di sopra.

Vedi su quest' ultimo punto le dissensioni tra la scuola de' Sabiniani, e quella de' Proculeani: dissensioni che Gaio ci espone (4), e che Giustiniano risolve nel senso de' Sabiniani.

(1) *C. 6, 61.* De bonis quae liberis *6, e 8, const. Justinian.*
(2) *Gai. Com. 3,* §§ *164, e 165.*
(3) *D. 7, 8.* De usu *14, pr. f. Ulp.*
(4) *Com. 3.* §. *167.*

sti diversi casi la *condictio indebiti* non può più aver per iscopo il farsi restituire delle cose somiglianti nella medesima quantità e qualità, ma solamente di far ristabilire i fatti o i diritti, se questo ristabilimento è possibile, e di farsi indennizzare, se non è possibile (1). In tal caso è evidente che il pagamento dell'indebito non presenta più analogia col mutuo, nè la *condictio indebiti* con la *condictio certi*.

VII. *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest quod per errorem non debitum solutum sit. Sic namque definierunt veteres, ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quae* certa constituta *per damnationem cuicumque legata fuerant. Nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis, et fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis praebuit, sed tantummodo in iis legatis, et fideicommissis, quae sacrosanctis ecclesiis, et caeteris venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt. Quae si indebita solvantur, non repetuntur.*

7. Nondimeno sono certe cause per le quali non si può chiedere indietro quel che si è pagato per errore e che non era dovuto. Imperocchè gli antichi decisero, che per quelle cause, per le quali la condanna si raddoppia, se si nega quel che veramente si dee, non si può chiedere indietro ciò che si è pagato indebitamente; come sarebbe per la legge Aquilia, e pel legato. La qual cosa vollero gli antichi che avesse luogo in quei legati, che essendo di un *valore determinato* eran lasciati per condannazione. Ora avendo la nostra costituzione conceduto una medesima natura a'legati, ed ai fedecommessi, ha voluto eziandio che questo accrescimento si estenda a tutti i legati, e fedecommessi; non però a tutti i legatarii, ma solamente in caso di legati e fedecommessi lasciati alle sacrosante chiese, ed agli altri luoghi venerabili che sono onorati per rispetto della religione o della pietà; poichè se a questi si paga ciò che non è dovuto, non si può richiedere indietro.

Ogni qual volta il negare ciò che veramente si deve fa in caso di condanna crescer del doppio la somma dovuta, si considera il pagamento come fatto meno per errore, che per una certa transazione, per evitare il rischio d'una condanna al doppio; e però la *condictio* non ha luogo.

Certa constituta. Teofilo ci dà per esempio di legato *per damnationem certa constituta* quello che è fatto nel seguente modo. IO TI CONDANNO, O MIO EREDE, A DARE A TIZIO LA SOMMA DI CENTO SCUDI, e per esempio d'un legato *per damnationem*, il cui oggetto è *incertum constitutum*. IO TI CONDANNO, O MIO EREDE, A DARE A TIZIO LA SOMMA CHE È NEL MIO SCRIGNO.

Nostra autem constitutio. La costituzione onde parla Giustiniano, se dee contenere testualmente le disposizioni, di cui quì l'imperadore fa menzione, non esiste più; ma è più probabile ch'egli abbia voluto dire, che da questa costituzione si potevano trarre le conseguenze, di cui in questo luogo fa parola; ed allora questa costituzione si trova nel suo Codice (6,43 *commun. de legat.* 2.—1.3 *De episc.* 46 § 7.

Caeterisque venerabilibus. Questi altri luoghi venerabili erano i monasteri, i luoghi di rifugio per gli stranieri, pei mendici, per gli orfani, pei bambini, pei vecchi (2).

Della prestazione della colpa.

Ora che abbiam discorso di tutte le obbligazioni nate dai contratti, o quasi dai contratti, abbiamo gli elementi necessarii per vedere fino a qual punto i romani giureconsulti aveano in questa materia ridotto a sistema una dottrina importante sulla quale si è molto studiato, e dal principio del secolo fin oggi si è pubblicato soprattutto in Alemagna un gran numero di monografie: io intendo parlare della teoria delle colpe. A noi non resto altro, per così dire, su questo punto, che riassumere ciò che di già trovasi detto.

Il danno che una persona soffre può provenire o da un caso fortuito (*casus*), da una forza maggiore (*vis major*) che l'uomo non può prevedere, nè allontanare; o da un fatto, da una omessione che proviene da un' altra persona. Niuno, salvo una convenzione in contrario, è risponsabile de'casi fortuiti, o della forza maggiore (3). Chi ha diritto sia di proprietà (o qualunque altro diritto reale), sia di credito, dee soffrire gli accidenti fortuiti o di forza maggiore da'quali l'oggetto del suo diritto può esser colpito, o secondo che comunemente si dice, egli ne dee correre il rischio (*periculum*). In quanto ai fatti, o alle omessioni dell'uomo, se questi ha usato semplicemente d'un suo diritto, non è risponsabile verso alcuno: « *Nemo damnum facit*,

(1) *D.12, 6.* De condict. ind.22, § *1, f.Pomp.; 26,* § *12.; e 31, f. Ulp.; 39, e 40.* § *2, f.Marc.*— *C. 4, 5.*De condict ind.*3, const. Dioclet et Maxim.*

(2) *C. 1, 2.* De sacrosan. eccl. *25, const. Justinian.*

(3) *D. 50, 17.* De reg. jur. 23, in fin. *f. Ulp.*— *C. 4, 24.* De pignerat. act. 6, const. *Alex.*

«*nisi qui id fecit quod facere jus non ha-*
«*bet.* «*Non videtur vim facere, qui suo jure*
«*utitur*» (1). Ma se il fatto o l'omessione sono illeciti, possono allora essere addebitati al loro autore, e produrre per lui, in materia civile, l'obbligazione di riparare le conseguenze. Qualunque sia la rassomiglianza che questi fatti abbiano coi casi di delitto, o di obbligazioni nate quasi da del tto, noi non abbiamo quì ad occuparcene sotto questo aspetto; noi li dobbiamo unicamente esaminare ne'casi di contratti, o di obbligazioni nate quasi da contratto.

I fatti illeciti, cioè contrarî al diritto (*injuria*) che recano danno ad altrui, e sono imputabili al loro autore si dividono in dolo (*dolus*) ed in colpa (*culpa*). Dolo (*dolus*) allorchè tali fatti sono stati commessi con disegno di nuocere da una persona che ha ragione e libertà morale; colpa (*culpa*) quando sono avvenuti senza rea intenzione. Il dolo così considerato differisce per certe gradazioni da quello che è definito da Labeone, e che ha per fine l'ingannare una persona, e carpire il suo consenso mediante qualche artifizio (2). Quì si tratta di ogni pregiudizio illecito arrecato a disegno, anche senza intervenimento della persona danneggiata, quì vi ha una misura ben caratteristica, e facile a comprendere: il disegno di nuocere. In tutti i casi ciascuno è risponsabile del suo dolo; e non è neppure permesso di convenire anticipatamente che alcuno non sia tenuto del proprio dolo: «*Illud nulla pactione effici potest ne dolus*
«*praestetur* (3)».

La parola colpa (*culpa*) comprende diverse idee, ed è capace di svariate gradazioni. Un punto comune è la mancanza d'intenzione di recar danno. Ciò posto il danno che ha avuto luogo può essere il risultamento o di azioni, o di omessioni dannose: forza impulsiva in un caso; semplice inazione nell'altro. Or si comprende che se l'uomo è generalmente tenuto di astenersi da ogni azione nociva ad altri, egli non è egualmente obbligato ad impiegare la sua attività per servizio di altri, nè di vegliare per gl'interessi altrui, o di rispondere in questo punto de'risultamenti della sua inazione. Ma un contratto o alcune particolari relazioni possono venire ad imporgli anche questa tale obbligazione. Quest'attività, questa cura dell'uomo nello scopo di allontanare ogni danno, che potrebbe sopravvenire, riceve da'giureconsulti romani il nome di *diligentia*; di colui che vi è tenuto, dicesi ch'egli deve *praestare diligentiam*; e l'omessione, la negazione di siffatta attività è la *negligentia*, o l'*omissio diligentiae*. Quando quest'attività si dee applicare a guardare, e conservare una cosa corporale, essa prende il nome particolare di *custodia* e porta ordinariamente l'idea che si è risponsabile de'furti, delle distornazioni, delle usucapioni, che una vigilanza più attenta avrebbe potuto prevenire, e talvolta anche de' rischi fortuiti di questa guardia (4).

I giureconsulti romani han diviso manifestamente la colpa in due gradi. Un primo grado, nel quale le danno la qualificazione di *culpa lata*, *culpa latior*, *magna culpa*, colpa grave, e che era assomigliata al dolo in quanto alla responsabilità dei danni interessi: «*Magna culpa dolus est* (5)»; ond'è venuta la denominazione che anco le danno di *culpa dolo proxima*. Un secondo grado, pel quale troviamo le diverse denominazioni di *culpa* in generale, o *omnis culpa*, *culpa levis*, *levior* ed in un solo passo *culpa levissima* (6), la colpa lieve.

Ma questi gradi, questi epiteti non son nulla se non ci si dà il termine di comparazione, l'unità di misura. Qual sarà dunque per valutare la colpa il termine al quale noi la paragoneremo? Per questo ci si presentano due maniere di procedere: o prendere un termine di comparazione assoluta, negli uomini considerati in generale; o prendere un termine di comparazione relativa, nel carattere abituale della persona medesima della quale si debbono valutare i fatti. I giureconsulti romani han seguita l'una e l'altra via. Secondo la prima, per quanto si appartiene alla colpa grave (*lata culpa*), si prenderà per tipo la generalità degli uomini; vi sarà colpa grave in caso di atti, o negligenze dannose che la generalità degli uomini non avrebbe commessi, de' quali tutti avrebber preveduto le conseguenze, e che tutti avrebbero potuto evitare: «*Lata culpa est*
nimia negligentia, *idest non intelligere*,

(1) *D. ivi 151, e 155*, § *1*, *f. Paul.*
(2) *D. 4, 3.* De dol. mal. *1*, § *2*, *f. Ulp.*
(3) *D. 2, 14.* De pact. *27*, § *3*, *f. Paul. 50, 17.* De reg. jur. *23*, *f. Ulp.*
(4) Ved. qui sopra *lib. 3, 23*, § *3*, e qui appresso *lib. 4, tit. 1*, § *17*.
(5) *D. 50, 16.* De verb. sign. *226*, *f. Paul.* — *16, 3.* Depos. *32*, *f. Cels.* — *44, 7.* De obl. *1*, § *5*, *f. Gai.*
(6) *D. 9, 2.* Ad leg. Aquil. *44*, *pr.*

quod omnes intelligunt »; così la definisce Ulpiano (1). Per contrario, per la colpa lieve (*levis culpa*), si prenderà per tipo il padre di famiglia più diligente (*quisque diligens, diligentissimus pater familias*). Per essere esente da ogni colpa bisognerà essersi condotto in tutto come si sarebbe condotto un uomo di tal fatta: « *Culpa autem abest si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset* (2) ». Questa da' romani giureconsulti è detta *exactissima diligentia*: « *Talis diligentia, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet* (3) ». Del resto chiaramente si vede da ciò che queste diversità d'espressioni, questi epiteti comparativi, o superlativi: *lata*, *latior*; *levis*, *levior*, *levissima*; *diligens diligentissimus*; *exacta*, *exactissima* non son altro che varietà di stile, e che coloro i quali ne han voluto dedurre l'esistenza di tre gradi di colpa in diritto romano, son caduti in errore; perciocchè noi non determiniamo altramente il grado che dalla misura che ci è data: or noi veggiamo che questa misura non ne comporta più di due. Secondo l'altra maniera di procedere si prende a tipo il carattere abituale di quel medesimo di cui si debbono valutare gli atti, e si dice, secondo i casi, ch'egli è tenuto di usare anche maggior diligenza, che abitualmente non adopera ne' suoi propri affari, o solo che ne dee usare altrettanta: « *Talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet* (4). Qui vi ha un altra misura: ma egualmente non vi ha che due gradi. Nel linguaggio della scienza dicesi rispetto alla prima maniera di valutazione, che la colpa è considerata *in abstracto*; e rispetto alla seconda, che è considerata *in concreto*.

Ma data la misura de' gradi di colpa, secondo quali principî sarà alcuno risponsabile ne' contratti, o nelle obbligazioni nate quasi da contratto, sarà tenuto solamente del primo, o eziandio del secondo grado di colpa: giusta la prima, o la seconda maniera di valutazione? Intorno a ciò non vi sono principî generali ed assoluti. I giureconsulti romani han deciso, secondo i casi, e per diverse considerazioni, dalle quali tuttavia è possibile cavare alcune idee dominanti. Sicchè riassumendo tutti i casi di responsabilità che noi abbiam veduto, son tenuti non solamente del dolo, ma di ogni spezie di colpa, cioè della colpa leggiera misurata sull'accuratezza del più diligente padre di famiglia: 1° il commodatario, ed il deponente, perchè il contratto è intervenuto solamente per loro utilità, 2° tanto chi ha dato, quanto chi ha ricevuto il pegno nel contratto di pegno; tanto il venditore, quanto il compratore nel contratto di vendita; tanto il locatore che il locatario nel contratto di locazione, perchè il contratto è nell'interesse di amendue le parti; 3° così il mandatario, come il mandante, quantunque il contratto comunemente intervenga per sola utilità di quest'ultimo: ma ciò avviene per la fede religiosa di questo contratto; finalmente 4° il *negotiorum gestor*, perchè egli e volontariamente e spontaneamente si è ingerito negli affari altrui (5). Per contrario son tenuti solamente della colpa grave, della colpa che la generalità degli uomini non commetterebbe, o che essi medesimi non commetterebbero, se usassero quella cura che abitualmente pongono nell'amministrazione de' loro proprii affari: 1° il comodante, ed il depositario: perchè essi han renduto col contratto un servigio puramente gratuito, e perchè rispetto al depositario il deponente debbe recare a sua colpa l'avere scelto un depositario negligente; 2° i socii, quelli in comunione, i coeredi nell'amministrazione della cosa comune, ed il marito in quella de' beni dotali (6), perchè si tratta per essi non solamente dell'affare di un altro, ma del proprio affare, e per conseguenza essi hanno una cagione personale per ingerirvisi: « *Hic propter suam partem causam habuit gerendi* (7) »; la qual disposizione è ben ragionevole; perciocchè dividendo con gli altri il pericolo della loro cattiva amministrazione, il loro proprio interesse è una certa garentia; 3° finalmente il tutore, ed il curatore, perchè essendo ad essi imposte le loro funzioni, hanno per questo una causa personale e necessaria di operare per altri (8).

(1) *D. 50, 16.* De verb. signif. *213* § *2 f. Ulp.*
(2) *D. 19, 2.* Locat. *25*, § *7.*
(3) *D. 13, 6.* Commod. *18, pr. f. Gai.*
(4) *D. 2, 17.* Pro socio *72, f. Gai.*
(5) Salvochè non l'abbia fatto come costretto da sentimenti di amicizia (*affectione coactus*) in un caso di necessità urgente (*D. 3, 5.* De nego gest. *3*, § *9, Ulp.*) Allora egli rientrerebbe nella categoria che segue.
(6) *D. 17, 2.* Pro socio *72, f. Gai.* — *10, 2.* Famil. ercisc. *25*, § *16.* — *23, 3.* De jur. dot. *17, pr. f. Paul.* e *24, 3.* Solut. matrim. *24*, § *5, f. Ulp.*
(7) *D. 10, 2.* Famil. ercisc. *25, 16, f. Paul.*
(8) *D. 27, 3.* De tutor. et rat. distrh. *1, pr, f, Ulp,*

Della messa in mora *(mora).*

Allorchè una persona apporta ritardo ad una restituzione o ad un pagamento cui sia tenuto, ritardo contrario alle regole del diritto, si dice che è in mora (*moram facere*). Altrettanto è a dire in senso inverso di colui al quale la restituzione o il pagamento deve esser fatto, se sia egli che apporti al ricevimento un ritardo contrario alle regole del diritto. Così, la mora (*mora*) può aver luogo tanto in fatto di possesso, che di obbligazione; tanto per parte del creditore, che del debitore, di colui a chi la cosa dev'essere restituita, che di chi deve restituirla. Le parole *frustratio, cessatio, dilatio*, sono adoperate in qualche frammento (1) come sinonimi di *mora*, la quale nondimeno resta come vocabolo tecnico.

Questo fatto del ritardo (*mora*) dell'una o dell'altra delle parti, modifica insensibilmente le loro relazioni di diritto. E fra molte altre sono a notarsi due conseguenze. L'una generale: che l'autore del ritardo, cioè, prende ed a suo carico pel fatto di questa mora, gli avvenimenti pregiudizievoli, che potranno ulteriormente sopraggiungere, e che sin dallora la perdita o deteriorazione futura della cosa, salvo quelle derivanti da dolo o da colpa grave per parte dell'avversario sono a suo rischio (2).

L'altra, speciale al ritardo del debitore o detentore, è che dal momento della mora ei deve gl'interessi o i frutti, qualunque siano le obbligazioni anteriori a tal riguardo, ovvero, in termini più generali, una indennità pel ritardo (3).

Stante ciò, si vede che era importante il determinare in quali casi, secondo le regole del diritto, una persona era in mora, e come questa mora poteva cessare. Pel debitore o detentore, in diritto romano vi erano de'casi numerosi ove il fatto solo del ritardo li costituiva in mora senza bisogno di alcuna intima. Ciò avveniva anche pel debitore, sempre che il suo debito era a scadenze fisse, e che la fissazione di questa scadenza (*dies*) viene dalla legge, da un testamento, o da un contratto (4): donde è venuta questa locuzione, straniera non meno a'giureconsulti, che in diritto romano: « *dies interpellat pro homine.* » Lo stesso era ancora per il detentore: tutte le volte che gli era tenuto a restituirire in seguito d'un delitto o d'un possesso di mala fede (5). I giureconsulti romani in tutti questi casi dicono, che la mora avea luogo *ex re* (ovvere *in rem, in re*), cioè per lo stesso fatto (6).

Al difuori di questi casi era necessario che il debitore o detentore per essere in mora fossero interpellati (*interpellatus*), in tempo e luogo opportuno, di fare il pagamento o la restituzione: fatto che il giudice era chiamato a valutare (7). I giureconsulti romani dicevano in questo caso che la mora avea luogo *ex persona* (8).

Quanto a ciò che concerne la mora (*mora*) del creditore, o di colui che avea diritto alla restituzione, essa avea luogo principalmente pel rifiuto di ricevere le offerte validamente fatte, o per mancanza di ritrovarsi al tempo e luogo deter-

---

(1) *D. 17, 1.* Mandati *57, fr. Afric. et 22, 1.* De usuris.... et mora *5, § 4, f. Papin. — ivi 11, e 17, pr. f. Paul.*

(2) *D. 16, 3.* Depositi. *12, § 3. — 18, 6.* De periculo, et commodo rei vend. *5, f. Paul. et 17, f. Pomp. — 24, 3.* Solut. matr. *9 f. Pomp. e 25 § 2. Paul. — 30.* De legatis. *1, 84, § 3, f. Julian. e 108, § 11, f. Afr. — 45, 1,* verbor. obl. *105, f. Savolen. — 46, 1.* De solut. *72, pr. f. Marcel.* — Si vede nondimeno da diversi frammenti, che nei casi in cui si era mostrato, che anche senza la mora, la cosa sarebbe egualmente perita, e sarebbe stata egualmente perduta pel creditore, i giureconsulti romani inchinavano ad affrancare il debitore dalla responsabilità de' rischi, comechè la considerazione, che se il creditore fosse stato pagato avrebbe potuto vendere la cosa prima che fosse perita, il più delle volte venga a mettere ostacolo a questo temperamento. *V. D. 4, 2.* Quod. met. caus. *14, § 11, f. Ulp. — 10, 4,* ad exhib. *12, § 4, f. Paul. — 16, 3.* Depositi. *14, § 1, f. Gai — 5, 3.* De heredit. pet. *40, p. f. Paul., et 30.* De legat. *1, 47, § 6, f. Ulp.*

(3) *D. 22, 1.* De Usuris et fructibus....et mora. *3, pr. f. Papin.; 17, § 3, e 4, f. Paul.; 52, § 2, f. Marcian.; 34, f. Plp.; 41 pr. f. Modest. — 45, 26.* De precar. *8, § 6, f. Ulp. — 6, 1.* De reivind. *17. § 1, f. Ulp. — 45, 1,* verb. obl. *114, f. Ulp.*

(4) *13, 3.* De condict. trad. *4, f. Gai — 19, 1.* De act. empti, et vend. *47, f. Paul. — 45, 1.* De verb. obl. *114, f. Ulp. — 50, 10.* De oper. publ. *5, pr. f. Ulp. — C. 4, 49.* De act. emp. *10. Const. Diocl. e Max — 8, 38.* De contrah. et. committ. stipul. *12, const. Justinian.*, dalla quale si vede che sino a questo imperadore, le regole non ancora erano cosiffattamente stabilite in giurisprudenza, da non dar luogo a delle contestazioni, a por fine alle quali questa costituzione è destinata.

(5) *D. 5, 3.* De petit. hered. *18, pr. et. 20 §. 20 f. Ulp. — 6, 1.* De rei vind. *13, §. 3, f. Ulp. — 13, 1.* De condict. furtiva, *ob. turp. caus. 7, const. Dioclet. e Massim.*

(6) *Cod. iv. — D. 40, 3.* De fide i com. libert. *26. § 1, f. Ulp. — D. 22, 1, 32, pr. f. Marcian.*

(7) *D. ivi.*

(8) *D. ivi.*

minato per ricevere il pagamento o la restituzione che il debitore o detentore erano pronti a fare (1).

Degl' interessi. (*usurae*)

Si vede sufficientemente, da ciò che precede, come i giureconsulti romani sono stati portati a trattar congiuntamente della messa in mora e degl'interessi.

Si chiama capitale (*sors*, *caput*) l'ammontare della obbligazione principale; e interessi (*foenus*, *versura*, più recentemente *usurae*), le frazioni di questo capitale che il debitore deve di più, in ragion del tempo che il creditore si trova privato della sua cosa. *Res* o *pecunia foenebris* è il capitale che produce interessi. Questa specie di impegno non ha luogo, che nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma in contante, o sebben più raramente delle cose, *quae numero*, *pondere*, *vel mensura consistunt* (3). Gl' interesssi essendo misurati da certe frazioni determinate del capitale, in proporzione del tempo che dura il debito, consistono sempre in cose della stessa natura. Essi in certo modo sono il prodotto periodico (*foetus*, *foetura*) del capitale; così ce lo dice Festo: *Foenus... a foetu..., quod crediti nummi alios pariant; ut apud Graecos eadem res* Τόκος (egualmente *produzione ed interessi*) *dicitur* (4) ». Ovvero se si voglia l'etimologia dell' altra denominazione (*usurae*) è il prezzo di affitto per l'uso (*prausu*) del capitale. L'economia politica oggidì è venuta a fare un'analisi più sottile e più completa dell'interesse. È certo, che gli scudi prestati non producono altri scudi materialmente, più di quello che la cosa locata non produce materialmente il denaro pagato a titolo di affitto; e che questa idea di prodotto, di parte o di accrescimento (*foetus*) tra il capitale e gl'interessi non può esser presa che figuratamente. Ma quel che v'ha di reale si è che il debitore durante tutto il tempo che esiste il debito, egli dispone a suo profitto, e secondo le sue convenienze del capitale che si appartiene al creditore, mentre costui n'è privato durante il medesimo tempo. Per conseguenza vi è servizio reso ad uno in detrimento dell'altro. Questo servizio, come tutti gli altri può esser reso gratuitamente, o mediante una ricompensa: anche questa è una conseguenza del diritto di proprietà. Ciò che v'ha di reale ancora si è che il creditore corre un rischio più o meno grande di non esserne rimborsato, vale a dire di perdere il suo capitale, e che può cercare ancora nella somma che gli è pagata periodicamente, una prima assicurazione di questo rischio cui va soggetto. L'interesse adunque comprende in pari tempo un prezzo pel rischio come dal creditore, e un prezzo di affitto per l'uso, ovvero più esattamente, per la disposizione del capitale lasciata al debitore.

Intanto se si considera, come è facile al possessore del capitale di abusare de' bisogni che possono essere urgenti di colui che domanda l'imprestito, sovente anche di eccitare le sue passioni e profittarne per costringerlo sotto il titolo d'interessi a delle rimunerazioni esagerate; come questo male si aggrava tutte le volte, che per circostanze qualunque non vi è concorrenza sufficiente a mantenere in una giusta misura il livello di queste remunerazioni, soprattutto ogni qual volta esso si rende generale, e tiene, alla stessa situazione sociale, trovandosi i capitali cumulati nelle mani di un picciol numero, senza che le istituzioni, l'eguaglianza dei diritti, e la libera possibilità di acquistare pel lavoro ne favoriscono lo spargimento; se si osserva infine a qual durezza, a quale avidità, a quale immaginativa surrettizia son rotti que' che si danno, come ad una specie di professione a l'arte di far fruttare i loro capitali mediante prestito ad interesse, vedrà in questa quistione di interesse, una quistione di morale e di diritto, non meno che di politica economia, ed a cui la legislazione non saprebbe restare indifferente.

Avveniva segnatamente nella situazione di Roma ai tempi in cui la plebe era schiacciata (*mersa et obruta* secondo il detto di Livio) dall' usura de' patrizii che s'incontra questa piaga dell' usura (*foenebre malum*, come il chiama Tacito) la causa più frequente di discordie e sedizioni (*seditionum discordiarumque celeberrima causa*). La legge delle XII Tav. fu la prima che cercò di portarvi rimedio, stabilendo per limite d'interesse un dodicesimo (*unciarium foenus*), e punendo della pena del quadruplo il *foenerator* che l'oltrepassava;

(1) *D. 13, 5.* De pecun. const. *16*, §. *2*, *f. Ulp. 17. f. Paul. 18, pr. f. Ulp. 46 3.* De solut. *39, f. Afric.*; *72, pr. et* § *3, f. Marcell. C. 4, 52.* De usur. *6, const. Anton., e 19, const. Philipp.*

(2) *D. 22, 1.* De usuris et fructibus. et mora. — *C. 4, 32.* De usuris.

(3) *C. ivi 23, const. Philipp.*

(4) Festus alla parola *Foenus*.

nentre per lo innanzi la tassa era abbandonata all'arbitrio de' ricchi (*ex libidine ocupletiorum agitaretur*) (1).

Ma qui non si arrestano i torbidi e le dissensioni. La città travagliata dallo stesso flagello(*civitas foenore laborans*) lo vede rinascere continuamente. Si succedono plebisciti diversi: l'uno, nel 408, ribassando alla metà la tassa degl'interessi, la riduce a una mezzoncia vale a dire a un ventiquattresimo (*semunciarium foenus*) (2); un'altro nel 413, proibisce interamente il prestito ad interesse (3); altri infine hanno per iscopo di prevenir le frodi, che tante volte represse, rinascono incessantemente con artificii meravigliosi, per eludere le proibizioni(4). Gli oratori, i poeti, i filosofi di Roma concordano in una riprovazione unanime. Catone il rustico, anch'egli percorrendo i diversi mezzi di aumentare il suo patrimonio, e domandando a se stesso « *quid foenerari?* » risponde a tal quistione « *Quid hominem occidere?* » (5). Non dimeno si vede per gli scritti di Cicerone, che al suo tempo la proibizione assoluta, per quanto abbia potuto essere durante il tempo che sia stata mantenuta, non esisteva più, e che il limite ammesso nel diritto come massimo della tassa degl'imprestiti, era designato da una nuova locuzione, quella di *centesima usura*. Questo è l'interesse legittimo (*legittimae usurae*), il più elevato che possa esser preso (*maximae gravissimae*), che esiste ancora ai tempi de' giureconsulti delle pandette, e che si mantiene fino a Giustiniano.

Ma qual cifra si trova designata sotto questo nome di *unciarium foenus*, *semiunciarium foenus*, centesima *usura*?

Tra le divergenze le più gravi, e le più animate controversie che hanno avuto luogo fra gli eruditi, al proposito delle due prime di queste locuzioni, noi crediamo che *unciarium foenus* dinoti l'interesse di un oncia, vale a dire un dodicesimo del capitale per anno; *semiunciarium foenus*, l'interesse di una mezz'oncia, altrimenti detto un ventiquattresimo del capitale per anno; et *centesima usura*, l'interesse d'un centesimo del capitale a pagare alle calende di ciascun mese, che corrisponde al dodici per cento all'anno. Nelle due prime di queste locuzioni, le più antiche, l'interesse frazione del capitale, è calcolato secondo l'antica divisione romana, che noi abbiamo vista per la eredità (Vol. 1. p. 371.), quella dell'asse divisa in dodici once, vale a dire per dodicesimo e per l'annata, nella terza la più recente, è calcolato secondo la divisione decimale, per centesimo, e per ciascun mese (6).

---

(1) Tacit. Ann. VI, 16. « *Nam primo XII tabulis sanctum, ne quis unciario foenore amplius exerceret, quum antea ex libidine locupletium agitaretur* ». Tito Livio attribuisce questa fissazione a un plebiscito posteriore, sulla proposizione (*rogatio*) de' tribuni Duilio e Menio, che la plebe sanzionò ed accolse con ardore, anno 393 o 398. — *Haud aeque laeta Patribus insequente anno, C. Marcio, Cn. Manlio Coss. de unciario foenore, a M. Duilio, L. Menio, Tribunis plebis, rogatio est perlata: et plebs aliquanto eam cupidius scivit accepitque* ». (Tit. Liv. VII. 16). — *Cato, de re rustica proem.* « *Majores nostri sic habuerunt: itaque in legibus posuerunt, furem dupli damnari, foeneratorem quadrupli* ».

(2) Tit. Liv. VII. 27. *Idem otium domi forisque mansit* T. Manlio Torquato, C. Plautio Coss. *semunciarium tantum ex unciario foenus factum, et in pensiones aequas triennii, ita ut quarta praesens esset, solutio aeris alieni dispensata est.*

(3) Tit. Liv. VII. 42. *Praeter haec invenio apud quosdam L. Genucium, tribunum plebis, tulisse ad populum, ne foenerare liceret.*

(4) Tacit. Ann. VI. 16. *Postremo, vetita versura: multisque plebiscitis obviam ilum fraudibus, quae totiens repressae, miras per artes rursum oriebantur* » — Tit. Liv. VII, 21., XXXV. 7. — Gai. 4, § 23.

(5) Daltronde nel luogo citato in questa pag. nota 1. dopo aver detto, che gli antichi nella legge delle XII tavole, aveano voluto che il ladro fosse condannato al doppio e il *foenerator* al quadruplo, aggiunge: « *quanto pejorem civem existimarint foeneratorem, quam furem, hinc licet existimari.* V. anche Cicer. *De offic. 11, 25; Plin.* Hist. Natur. *XVIII, 15, sect. 6, Senec.* De Benef. *VII. 10.*

(6) Questa spiegazione dell'*unciarium foenus*, già accennata da Stroth, nella sua edizione di Tito Livio, si trova sviluppata dal Niebuhr nella sua *Istoria romana* (tom. 5. pag. 73 e seg. della traduzione). Chiara quanto semplice, e in perfetta armonia col sistema delle misure de' Romani, essa mi sembra indubitatamente esatta. Ma a quale era l'anno cui si riferiva quest'interesse del dodicesimo? Era l'anno primitivo de' Romani, l'anno lunare di dieci mesi, ovvero l'anno comune, quello di dodici mesi, già introdotto da Numa? (V. la nostra *Histoir. du Droit.* n. 9). Ecco quel che non mi pare così chiaramente assodato — Niebuhr sostiene, per analogia con qualche altra istituzione, nella quale il computo per anni di dieci mesi era mantenuto, che si era osservato altrettanto per gl'interessi *unciarium foenus*. Facendo il computo si verrà a supporre che si trattava di un anno di dodici mesi, l'*unciarum foenus* corrisponderebbe nelle nostre locuzioni moderne, all'8 1/3 per cento all'anno, e il *semuniciarum foenus* a 4 e 1/6 per 100. Supponendo chè si trattasse dell'anno di dieci mesi soltanto, queste cifre corrispondono al 10 per 100 e al 5 per 100 l'anno de' nostri giorni. Nelle al-

Gl' interessi, racchiusi nel prescritto limite, potevano esser dovuti presso i romani, sia legalmente per la disposizione dello stretto diritto, sia per virtù di un testamento o di una convenzione. Legalmente p. e. ne' casi di messa in mora, secondo abbiamo detto innanzi: per impiego di denaro altrui fatto da alcuno a suo profitto; per mezzo dovuto dal compratore dal momento della tradizione; per somma dovuta al minore di 25 anni (1). In virtù di un testamento quando il testatore l' abbia ordinato (2). In virtù di una convenzione, vale a dire di una stipulazione speciale, o per patti congiunti incontanente al contratto di buona fede (3). Ma era vietato trarre l'interesse degl'interessi, operazione che si chiamava *anatocismo* (4).

Giustiniano nel suo codice ha ribassato il livello degl'interessi, che si era mantenuto fino a lui, e l'ha ridotto come segue, variandolo secondo la qualità delle persone e le circostanze.

Nel prestito marittimo, interesse per lo innanzi illimitato, le *centesimae usurae*, o 12 per 100; pe' commercianti i due terzi (*usque ad bessem centesimae*) o 8 per 100, per le persone ordinarie la metà (*dimidiam centesimae*) o 6 per 100; infine per le persone illustri, il terzo (*tertiam partem*) o 4 per 100 (5).

TITULUS XXVIII

PER QUAS PERSONAS NOBIS OBLIGATIO ADQUIRITUR.

TITOLO XXVIII.

PER QUALI PERSONE ACQUISTIAMO UN'OBBLIGAZIONE.

Dopo aver detto delle obbligazioni, e degli avvenimenti da'quali son generate, almeno quanto a' contratti ed alle relazioni di simil fatta, ora passiamo al loro acquisto. Un'obbligazione ci è acquistata, o in altre parole, noi diveniamo creditori, noi acquistiamo l' azione necessaria per astringere all' esecuzione di un' obbligazione, non solamente per noi medesimi, ma eziandio per mezzo de' nostri schiavi, de'nostri figliuoli di famiglia, degli schiavi de'quali abbiamo l'usufrutto, o l'uso, dello schiavo di un altro, ed anche di un uomo libero che possediamo di buona fede come nostro schiavo: vale a dire non solamente quando noi medesimi siamo stati attori negli avvenimenti che han prodotto l'obbligazione, ma anche quando queste altre persone vi sono invece intervenute. L' acquisto delle obbligazioni per mezzo di queste diverse persone non a luogo per tutte in maniera assoluta. L'introduzione de'differenti peculii, e la diversità de'diritti dell'usufruttuario, dell'usuario, o del possessore di buona fede inducono per questo rispetto delle importanti distinzioni a fare. Ma questo argomento è stato di già esaurito per quel che ne abbiam detto in due precedenti capitoli (lib. 2 tit. 9, lib. 3 tit, 17), e ci resterá poco altro da aggiugnere.

Expositis generibus obligationum quae ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus adquiri nobis, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eas personas, quae in nostra potestate sunt: veluti per servos, et filios nostros. Ut tamen quod per servos quidem nobis adquiritur totum nostrum fiat; quod autem per liberos, quos in potestate habemus ex obligatione fuerit adquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum proprietatis, et ususfructus, quam nostra discrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellae nostrae constitutionis divisionem.

Avendo noi esposto le maniere delle obbligazioni, le quali nascono per contratto, o per quasi contratto, abbiamo a notare che noi acquistiamo non solamente per noi medesimi, ma eziandio per quelle persone, che sono in nostro potere, come sarebbe per gli schiavi, e per i nostri figliuoli. Con que-

---

tre interpetrazioni assai più complicate, meno di accordo co' termini ed i fatti, e sostenute nondimeno dalle più gravi autorità, Sigonio, Gravina, Gronovio ec. l'*unciarium foenus* sarebbe l'oncia, non del capitale, ma dell'asse usurario; vale a dire il dodicesimo, pagabile ciascun mese dell'interesse totale di un anno; sinonimo di *centesimae usurae*, dizione alla quale bisogna riportarsi anche per queste epoche anteriori; poichè *unciarium foenus* in questo senso, non dinoterebbe di per se stesso tassa veruna. L'interesse fissato dalle XII tavole sarebbe dunque del 12 per 100 l'anno, come si trovava più tardi ai tempi di Cicerone; e il *semunciarium* sarebbe stato del 6 per 100. Altre interpetrazioni infine menerebbero a vedere nell'*unciarium foenus* 1 per 100, o in senso inverso 100 per 100 all'anno.

(1) *D.3, 5.* De negot. gest. *19,* § *4 f. Paul.*—*17.* 1. Mand. 12. §. *9 f. Ulp.* — *22.* 1. De usur. *6. f. Papin.* 19. 1. De act. empt. 13. *f. Ulp.* — *22.* De usur.—*D.* 31. 89. *f. Paul. C.* 2. 41.—*5. Const. Dioc. Maxim. C. 4. 49.* De action. empt. *5. Const. Dioclet. e Maxim.*

(2) *D. 33, 1.* De ann. legat. *3* § *6, f. Ulp.*

(3) *C.* 4, *32.* De usur. *1, const. Anton, 3 const. Sever.; e Anton.*; 7, *const. Anton. D. 16, 3.* Depos. *24, in fin. f. Papin.* — *Paul. Senten.* 2, *14.* §, *1.*

(4) *C. 4, 32.* De usuris. *28, const. Justinian.*

(5) *C. ivi 26,* §. *1, const. Justin.*

sto però che quel che si acquista per i nostri schiavi è tutto nostro, ma quel che ci si acquista per i nostri discendenti che abbiamo in nostra potestà si divide ad imitazione di ciò che la nostra costituzione ha decretato per la proprietà, e l'usufrutto delle cose; vale a dire che di quel profitto che procede dall'azione, l'usufrutto sia del padre, ma la proprietà sia riservata al figliuolo; l'azione poi debb'essere intentata dal padre, secondo la divisione della nostra costituzione.

In quanto all'acquisto, pel padre, delle obbligazioni che procedono dal figliuolo di famiglia, il testo ci rinvia alle regole sull' acquisto della proprietà, o dell'usufrutto, cioè alla distinzione de'diversi peculii (V. 1 p. 316 e seg.): con quest'osservazione, che ne'casi, in cui il padre dee acquistare il solo usufrutto non è già l' obbligazione, che si divide così in nuda proprietà all' uno, ed in usufrutto all' altro, ma sibbene il prodotto, il profitto che risulta dall' esecuzione medesima dell' obbligazione. Per quel che riguarda l'esercizio dell'azione, esso si appartiene al padre (*scilicet patre actionem movente*). Bisogna su tal materia riscontrare le costituzioni di Giustianiano, e notare il caso in cui si tratta dell'acquisto d'una eredità, sulla quale il padre ed il figliuolo di famiglia non sieno d' accordo (1).

I. *Item per liberos homines et alienos servos quos bona fide possidemus, adquiritur nobis; sed tantum ex duabus causis, id est si quid* ex operibus suis, vel ex re nostra adquirant.

I. Noi acquistiamo parimente per mezzo degli uomini liberi, e degli schiavi d'altri, i quali noi con buona fede possediamo, ma solamente per due cagioni, cioè se essi acquistano *colla loro opera, o, per mezzo della nostra propria cosa.*

II. *Per eum quoque servum in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter* ex duobus istis causis *nobis adquiritur.*

2. E similmente acquistiamo *per le due cagioni* dette di sopra per via di quello schiavo, nel quale abbiamo usufrutto, o uso.

Ex operibus suis vel ex re nostra. Noi abbiamo già spiegato queste due cagioni in quanto all'acquisto della proprietà (V. 1 pag. 321). Se per mezzo del lavoro dello schiavo nel quale alcuno ha usufrutto (*ex operibus suis*), o per prezzo della cosa dell'usufruttuario, venduta, locata, o in altra maniera conceduta da questo schiavo (*ex re nostra*), non si sia data una cosa, ma contratta un' obbligazione, quest' obbligazione si acquista all'usufruttuario. Lo stesso è pel possessore di buona fede con quelle differenze però, che separano l'uno dell'altro.

Ma quando si tratta d' uno schiavo, nel quale abbiamo semplicemente l'uso, è egli vero che l'obbligazione ci si acquista per queste due cagioni? Se l' obbligazione proviene dalla nostra cosa, l'affermativa non ammette dubbio; ma se proviene dal lavoro fatto dallo schiavo sulla cosa altrui, non è essa come una specie di frutto, e giacchè noi abbiamo il semplice uso dello schiavo, non si dee conchiudere ch' essa non ci può essere acquistata? A noi pare che ciò sia conforme a' principii. E però Gaio non parla dell' usuario (2), ed Ulpiano esprime formalmente la negativa: « *Si quidem ex operis ejus non valebit: quoniam nec locare operam ejus possumus* (3) ». Il nostro testo adunque in quanto a questo punto debb'essere inteso pel solo lavoro, per la sola industria dello schiavo applicata alla nostra cosa.

III. *Communem servum pro dominica parte dominis adquirere certum est excepto eo, quod uni nominatim stipulando, aut per traditionem accipiendo illi soli adquirit, veluti, cum ita stipulatur: TITIO DOMINO MEO DARE SPONDES? Sed si unius domini jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur, tamen, post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum adquirat qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.*

3. È cosa certa che lo schiavo comune acquista pei suoi padroni in proporzione della parte della proprietà di ciascuno, fuor solamente quello che nominatamente stipulando, o ricevendo per uno di loro, acquista solo per quello, come sarebbe quando egli stipula in questa forma: PROMETTI TU DARE A TITIO MIO PADRONE? Ma se lo schiavo avrà stipulato per comando di uno de' suoi padroni, quantunque per innanzi fosse qualche dubbio, nondimeno dopo la nostra decisione si è ordinato che l'acquisto sia solamente di colui per comando del quale egli ha stipulato, siccome si è detto di sopra.

Vedi su quest' ultimo punto le dissensioni tra la scuola de' Sabiniani, e quella de' Proculeani: dissensioni che Gaio ci espone (4), e che Giustiniano risolve nel senso de' Sabiniani.

(1) *C. 6, 61.* De bonis quae liberis *6, e 8, const. Justinian.*
(2) *Gai. Com. 3,* §§ *164, e 165.*
(3) *D. 7, 8.* De usu *14, pr. f. Ulp.*
(4) *Com. 3.* §. *167.*

Della cessione delle obbligazioni (1).

Siccome l'obbligazione è un legame di diritto tra due persone determinate, cambiate una di queste persone, voi non avete più il medesimo legame, il medesimo diritto: avete una nuova obbligazione. Ecco perchè era dal diritto civile romano riconosciuto questo principio, che, salvo i casi delle successioni universali, nelle quali vi ha continuazione della persona, le obbligazioni non possono essere trasferite da un creditore ad un'altro (2). Ma da che fu permesso di esercitar le proprie azioni, e di litigare per via di procuratore, si dedusse da ciò un mezzo indiretto di trasferire ad altri il profitto d'un'obbligazione, dandogliene l'esercizio per mezzo di un mandato. Questo è quel che i giureconsulti romani appellano *mandare actiones, actiones persequendas praestare, cedere actiones* (3). Quegli adunque al quale si fa la cessione, non è altro che un procuratore, ma i giureconsulti romani lo addimandano *procurator in rem suam* (4) per indicare che esercitando l'azione egli fa un suo proprio affare, e che il guadagno dee rimanere a lui: « *Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur* (5) ».

Sicchè la cessione delle azioni si opera per un mandato: il consenso del debitore non è necessario; l'obbligazione non è cambiata. Il creditore resta sempre creditore, e conserva anche il diritto di richiedere egli medesimo il pagamento, salvo la necessità in cui si troverebbe di restituire al cessionario tutto ciò che avesse ottenuto (6). Non pertanto, benchè per principio di legislazione il suo diritto sussista sempre, pure il debitore, al quale la cessione fosse stata notificata, o che di già fosse stato convenuto dal cessionario avrebbe il mezzo di respingere il cedente con l'eccezione di dolo (7). Il debitore rimane debitore al medesimo titolo, e coi medesimi mezzi di difesa. Il cessionario per stretto diritto è un semplice procuratore, e non può altramente intentar l'azione che in tale qualità, come colui che esercita le azioni del vero creditore. Nondimeno la giurisprudenza, e le costituzioni imperiali son giunte al termine di dargli le azioni, come a lui medesimo appartenenti, sotto la qualificazione di azioni utili (8). Del rimanente il suo mandato era di una natura al tutto particolare, perciocchè non si dovea render conto niuno, non si poteva rivocare, e la morte del mandatario, e del creditore mandante non estingueva punto il mandato (9).

TITULUS XXIX.

QUIBUS MODIS OBLIGATIO TOLLITUR.

TITOLO XXIX.

PER QUALI MODI SI SCIOGLIE L'OBBLIGAZIONE.

La medesima figura di lingua che ha dato origine ai nomi di *obligatio* e di *contractus*, ha fatto nascere eziandio quello di *solutio* per indicare la rottura, lo scioglimento del legame, e per conseguenza la liberazione del debitore. Adunque le parole *solutio*, *solvere* nel loro senso etimologico hanno la significazione più generale, e si applicano a tutti gli avvenimenti, che pongono fine all'obbligazione, che sciolgono il debitore: « *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoque modo factam* », dice Paolo « *Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet* », dice Ulpiano (10).

Il modo col quale il debitore regolarmente si scioglie o libera; quello che si è avuto in mira nel formar l'obbligazione, e che ne costituisce lo scopo finale, è l'adempimento di ciò che deve. E però l'espressione generale *solutio* presa in un senso più ristetto, si applica particolarmente a questo modo principale di liberazione; ed allora *solutio* esprime l'adempimento, la prestazione di ciò ch'è dovuto: « *Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promi-*

(1) *D. 18, 4*, e *C. 4, 39*. De heredit. vel act. vend.

(2) *Gai. Com. 2*, §§ *38*, e *39*.

(3) *D. 17, 1*. Mand. *8*, § *5*, *f. Ulp.* — *46, 3*. De solut. *76*, *f. Modest.* — *19*, *1*. De act. empt. *31*, *f. Nerat.* — *16, 3*. Depos. *2*, *f. Paul.* — *44, 7*. De oblig. *7*, *f. Pomp.* — *15*, *3*. De in rem *vers.* 3, § *5*, *f. Ulp.*

(4) *D. 3, 3*. De procur. *30*, *f. Paul.* — *44, 4*. De minor. *24*, *pr. f. Paul.* — *17, 1*. De mand. *8*, § *10*, *f. Ulp. 44, 4*. De dol. mal. *4*, § *18*, *f. Ulp.* — *C. 4*, *10*. De oblig. *6*, *const. Dioclet. et Maxim.*

(5) *D. 2, 14*. De pact. *15*, *f. Paul.*

(6) *D. 18, 4*. De hered. vel act. vend. 23, § 1, *f. Hermog.*

(7) *D. 2, 14*. De pact. *16*, *f. Ulp.* — *2, 15*. De trans. *17*, *f. Papin.* — *C. 8, 42*. De novat. *5*, *const. Gord.*

(8) *D. 2, 14*. De pact. *16*, *pr. f. Ulp.* — *C. 4, 39*. De hered. vel act. vend. 5, *const. Alex.* — *7*, *e 8*, *const. Dioclet. et Maxim.*

(9) *C. 4 16*. De obl. *1*, *const. Gord.*

(10) *D 46*, *3*. De solut. *54*, *f. Paul.* — *50*. e verb. signif. *176*, *f. Ulp.*

sit (1) ». Questa è ciò che noi oggi chiamiamo pagamento. I Romani dicono eziandio per una certa inversione della figura *solutio nummorum*, *rem o pecuniam solvere* per indicare il pagamento della somma, o dell'oggetto che è dovuto (2).

Ma quantunque il pagamento sia il modo regolare e finale di liberazione, pure non è il solo. L'obbligazione può eziandio sciogliersi per altri modi che hanno la loro origine nel consentimento delle parti; ovvero anche per diversi avvenimenti fuori di questo consenso. L'obbligazione, legame civile (*vinculum juris*, *secundum nostrae civitatis jura*) non può altrimenti sciogliersi, che secondo le regole del medesimo diritto civile (*ipso iure*). Non pertanto qui in quanto allo scioglimento delle obbligazioni s'incontra lo stesso fatto storico che abbiamo accennato in quanto alla loro formazione. Da una parte i modi di estinzione del diritto civile col tempo si sono estesi; dall'altra il diritto pretorio, la giurisprudenza son intervenuti, e ne'casi, in cui l'obbligazione secondo il diritto civile continuava a sussistere, trovando ingiusto che il debitore fosse astretto ad eseguirla, tuttochè dicano di lui che *obligatus manet*, pure gli han data con lo ajuto delle eccezioni (*exceptionis ope*) il mezzo di difendersi contra la domanda del creditore (3). Il che vuol dire che nel modo medesimo che abbiamo in diritto romano delle obbligazioni civili, pretorie, e naturali, abbiam pure delle liberazioni civili, pretorie, o d'equità naturale. Da ciò viene quella divisione divenuta regola comune presso i comentatori: » *Obligatio aut ipso jure, aut per exceptionem tollitur* » I soli modi del diritto civile sono modo di scioglimento dell'obbligazione civile; gli altri non sono che mezzi di difesa. Le Istituzioni non trattano qui che de'modi civili, de'veri modi di liberazione, e cominciano dal principale, cioè dal pagamento.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec tamen interest quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo; liberatur enim et alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito, solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. Idem ex contrario contingit si fidejussor solverit; non enim solus ipse liberatur sed etiam reus.

Ogni obbligazione si toglie per pagamento che si faccia di quel che si debbe, anche se si paghi una cosa per un'altra, consentendo a questo il creditore. E non importa che paghi o colui che debbe, o un altro per lui, poichè egli è liberato, se un'altro paghi, sapendolo o non sapendolo, o anche non volendo egli che si paghi per lui. Similmente se il reo avrà pagato, coloro eziandio son liberati, che intervennero per lui. Il medesimo avviene reciprocamente ogni volta che il fidejussore avrà pagato, perchè non solamente è liberato egli, ma il reo parimente.

Senza dubbio l'*aes et libra* figuravano anticamente nel pagamento, o realmente ne'tempi primitivi, per pesare il metallo, come vediamo nel pagamento fatto a'Galli nel Campidogli (4), o fintamente più tardi riguardo alle obbligazioni di somma certa (*certa pecunia*), come tipo simbolico di que'tempi antichi, in cui il metallo si pesava, o con più realtà, o per più lungo spazio di tempo, riguardo alle obbligazioni di transferire in proprietà (*dare*) le cose *mancipi*. Ma per la dazione delle cose *nec mancipi* compresavi la moneta, quando l'uso ne fu divenuto generale, per le obbligazioni di fare o di non fare, che abbracciano tanti casi nelle loro generalità, la tradizione della cosa, l'esecuzione, o l'omessione de'fatti dovè esser sufficiente per liberare il debitore. Al tempo di Giustiniano non si richiede altro pel pagamento; esso è l'adempimento, la prestazione di ciò ch'è dovuto. Ma se il debitore paga una cosa per un'altra (*aliud pro alio*), potrà egli trovarsi eziandio liberato? Da prima si comprende bene ch'egli non potrà ciò fare se non di consenso del creditore; « *Aliud pro alio, invito creditore, solvi non potest* (5) ». Ma anche con questo consenso la sua obbligazione sarà interamente disciolta? I Proculiani, come sappiamo da Gaio, sostenevano che secondo il diritto civile (*ipso iure*) ciò non avveniva; che il legame non era rotto, perchè non si era attenuto ciò che s'era promesso: e per conseguenza non davano al debitore che il soccorso d'un'eccezione. I Sabiniani aveano contrario avviso (6), e questo loro avviso prevalse. Il pagamento d'una cosa per un'altra col consenso del creditore, il che ordinariamente addo-

(1) *D. 50, 16.* De verb. sign. *176, f. Ulp.* — *46, 3,* de solut.
(2) *D. 46, 3,* de solut. *46, pr. 47, e 48, f. Marcian. 54, f. Paul.*
(3) *Gai. Com. 3,* §§ *168, e 181, Com. 4,* §§ *116 e 117.*
(4) *Tit. Liv. lib. 5.*
(5) *D. 12, 1.* De reb. cred. *2,* § *1, f. Paul.*
(6) *Gai. Com. 3,* § *168.*

mandasi *datio in solitum*, scioglie l'obbligazione *ipso jure* (1).

A riguardo delle persone dalle quali, ed alle quali si può fare il pagamento, il testo abbastanza ne indica che può esser fatto eziandio da un terzo senza che il debitore il sappia o anche contro la sua volontà (2); purchè questo terzo paghi per conto del debitore, e a fine di liberarlo; perciocchè se pagasse per errore, credendo soddisfare il suo proprio debito, egli avrebbe la *condictio indebiti*, ed il debitore non sarebbe liberato. Del resto noi sappiamo che colui il quale fa il pagamento, ed il creditore che lo riceve debbono esser capaci di alienare, o più generalmente di render peggiore la loro condizione (V. I. p. 313 e seg).

Il pagamento validamente fatto estingue non solo il debito, ma eziandio tutti gli accessorii, obbligazioni degl' intercessori, e degli appromettenti di ogni maniera, diritti di pegno e d' ipoteca, ed in generale tutte le sicurtà (*etiam accessiones liberantur* (3).

Se il creditore era in mora a ricevere conforme abbiamo spiegato innanzi (p. 208 il debitore nel rifiuto di ricevere le offerte reali (*oblatio*) da lui validamente fatte, vale a dire della totalità del debito al tempo e luogo prescritto, ovvero nella assenza del creditore a riceverla, potrebbe consegnar la somma o l'oggetto dovuto in un pubblico deposito (*in publico deponere, obsignare, consignare*), e mediante questa offerta (*obblatio*) seguita dalla consegna (*obsignatio*), egli si troverebbe liberato. « *Obsignatione totius debitae pecuniae solenniter facta, liberationem contingere manifestum est* ». Per questi pubblici depositi si intendeano le chiese (*sacratissimae aedes*), o i luoghi destinati dal giudice (4).

Dopo il pagamento passiamo ai modi di liberazione che procedono dalla volontà reciproca delle parti, e che possono sciogliere il legame di diritto, senza che siasi adempiuto quello che s'era promesso. In questo punto i giureconsulti romani aveano un principio dominante ripetuto in parecchi loro frammenti, e segnatamente da Ulpiano in questi termini: « *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est* »; e da Gaio in queste parole: « *Omnia quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt* »; ed in fine da Paolo in queste altre espressioni: « *Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur* (5) ». Così, come il diritto civile romano non ammetteva per principio che il solo consenso delle parti fosse sufficiente per formare delle obbligazioni, parimente non ammetteva per regola generale che fosse sufficiente a discioglierle. Come le obbligazioni nascevano: o *per aes et libram* nell' antico diritto, e più tardi semplicemente *re*; o *verbis* quando le parole si furon separate dalla formalità dell' *aes et libra*; o *litteris* quando fu permesso di ritener per iscritto come compiuta la detta formalità; o da ultimo *consensu* quando furono ammessi quattro contratti consensuali del diritto delle genti; parimenti noi abbiamo a ricercare se ed in quali casi le obbligazioni si estinguevano *per aes et libram, re, verbis, litteris, consensu*.

L'obbligazione si scioglie *re*, quando la cosa, che ne forma l'oggetto, è pagata: questo modo adunque non è altra cosa che il pagamento, e per conseguenza è comune a tutte le obbligazioni. Ma esso è il solo per le obbligazioni nate da' quattro contratti *mutuum, commodatum, depositum*, e *pignus*. Siffatte obbligazioni essendo formate *re*, e dovendo per conseguenza essere sciolte *re*, in fino a che conservano la loro propria natura non comportano gli altri modi di liberazione consensuale.

In quanto all'*aes et libra*, alle parole (*verba*), e forse alla scrittura sui registri domestici (*litteris*), esse aveano servito ad operare ciascuna una specie di pagamento immaginario (*species imaginariae solutionis*) corrispondente alle obbligazioni contratte pel medesimo modo, e consistenti in somma nel supporre sia per *aes et libram*, sia per le parole (*verbis*), sia per la scrittura (*litteris*), che la cosa dovuta era stata pagata.

Gaio ce lo dice formalmente dell'*aes et libra*, ed egli ne descrive la solennità in un testo il quale, quantunque la formola sia rimasta in parte illeggibile, non lascia però d'essere curioso: « *Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens; deinde is qui liberatur ita oportet loquatur:* QUOD EGO TIBI TOT MILLIBUS EO NOMINE.. (forse

(1) *C. 8, 42.* De solut. *16, e 17, const. Dioclet. et Maxim.*

(2) *D. 46, 3.* De solut. *23, f. Pomp. 40, f. Marcian. e 53, f. Gai.*

(3) *Ivi 43, f. Ulp.*

(4) *C. 4, 32.* De usuris. *19, const. Philipp.* — *8, 43.* De solution. *9, const. Dioclet. e Maxim.*

(5) *D. 50, 17.* De reg. jur. *35, f. Ulp.; 100, f. Gai. 153, f. Paul.*

de quo agitur nexus sum, id tibi hoc) ASSE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE, AENEAQUE LIBRA: HANC TIBI LIBRAM POSTREMAM... (forse *porrigo*) DE LEGE ET JURE... (forse *liberatus*). *Deinde asse percutit libram, eumque dat et a quo liberatur, veluti solvendi causa* (1)».

Questo era il modo che dovea essere adoperato per la remissione delle obbligazioni contratte *per aes et libram* (*quod per aes et libram gestum est*), per quella dei legati costituenti obbligazione, cioè dei legati *per damnationem* (*quod per damnationem relictum est*): perciocchè essa era un' obbligazione formata *per aes et libram* essendo il testamento medesimo fatto per mezzo di siffatta solennità; e da ultimo per la remissione di ciò ch'era dovuto per sentenza giudiziaria (*quod ex judicati causa debetur*) (2). Quest'ultimo debito non rientra nella classe delle obbligazioni formate *per aes et libram*, onde si potrebbe ricercare perchè vi si era applicato il pagamento immaginario *per aes et libram*. Ammessa che fu la possibilità d' una remissione disomigliante obbligazione, non può cader in dubbio, che la solennità del pagamento simulato *per aes et libram* in presenza di cinque testimoni e del porta-bilance era la sola che rispondesse convenevolmente alla solennità, ed alla pubblicità dell' azione e della sentenza giudiziaria (3). Cicerone ci avea già fatto conoscere precisamente in materia d'obbligazione di legati questo antico modo di liberazione, che il manoscritto di Gaio è venuto maggiormente a chiarire (4). Del resto la forma medesima di questo pagamento simulato, per mezzo del metallo e della bilancia c'indica abbastanza che non si dovè applicare, nella sua natura primitiva, se non alle obbligazioni di quelle cose che i Romani addimandavano *certa pecunia*, che si valutavano a peso, o a numero, dopo l' introduzione della moneta (*quod pondere, numero constat*). Questo sappiamo da Gaio (com. 3 § 175), il quale aggiugne che alcuni giureconsulti pensavano dovervisi aggiugnere eziandio quelle che si valutano a misura (*mensura*).

Quanto alle parole (*verba*), esse han dato origine ad un' altra sorta di pagamento immaginario (*imaginaria solutio*), la quale non è altro che il rovescio della stipulazione, e che consiste nell' interrogazione del debitore il quale domanda al creditore se egli tiene per ricevuto ciò che gli è stato promesso, e nella risposta affermativa del creditore: QUOD EGO TIBI PROMISI HABESNE ACCEPTUM? HABEO». Questo è quel che dalla parte del creditore dicesi *acceptum ferre, acceptilatio*. Questo pagamento simulato per via di parole (*verbis*) non è applicabile, se non alle obbligazioni che sono state contratte esse medesime per questo modo (5).

Si può naturalmente pensare che le obbligazioni formate *litteris* per l'espensilazione fatta sul registro del creditore col consenso del debitore si potevan risolvere per un' espensilazione contraria della medesima somma fatta sul registro del debitore col consenso del creditore. Tuttavia è da notare che Gaio non ne parla affatto, quantunque tratti de' pagamenti immaginarii sia *per aes et libram*, sia *verbis*; del pari le altre fonti non ce ne han trasmesso traccia niuna.

Il semplice dissentimento si applica co-

---

(1) *Gai. Com. 3*, § *174*.

(2) *Gai. Com. 3*, §§ *173*, *e 175*.

(3) Il principio che la condanna era sempre pecuniaria: quello che la prima obbligazione era stata novata da prima per la *litis contestatio*, nella quale i cittadini anticamente erano presi a testimoni, *testes estote*! quello che una seconda novazione avea avuto luogo per la sentenza pronunziata dal giudice pubblicamente in presenza de' cittadini, tutti questi principii non son forse sufficienti a spiegare perchè il pagamento immaginario dovea esser fatto eziandio in presenza di cinque testimoni, corrispondendo il carattere semipubblico, e semiprivato del *libripens* al carattere del giudice? Quelle espressioni della formola DE LEGE ET IURE *liberatus* non vi sono anch'esse per qualche cosa?

(4) *Cic.* de leg. *lib. 2* § *20* parlando de' raffinamenti, e delle sottigliezze de' giureconsulti, in quanto a ciò che riguarda l'obbligazione a' sacrifizii, ci presenta un legatario, il quale, essendogli per la quota dal suo legato imposto l'obbligo di questi sacrifizii, se ne discarica facendo *per aes et libram* la rimessione del legato all'erede testamentario: per tal forma che questo legato si avesse come non avvenuto: *Quin etiam cavent, ut cui plus legatum sit quam sine religione liceat, per aes et libram heredem testamenti solvat: propterea quod eo loco res est, ita soluta hereditate, quasi ea pecunia legata non esset*». Alcune righe più appresso (§ 21) ci presenta un legatario nella medesima circostanza, il quale libera *per aes et libram* l'erede testamentario dall'obbligazione del legato; ma stipula nel tempo medesimo la stessa somma da lui: di maniera che non essendogli più dovuta a titolo di legato, ma di stipulazione, non rimane più obbligato a' sacrifizii: « *Ut per eas et libram heredem testamenti solvat; et eodem loco res sit, quasi ea pecunia legata non esset, si is cui legata non esset, si is cui legatum est, stipulatus est idipsum quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur, sitque ea non alligata sacris* ».

(5) *Gai. Com.* 3, § 169, a 172.

me modo discioglimento ai contratti consensuali. Il sommario di tutto ciò che noi abbiam detto si trova riassunto in questo frammento di Pomponio nel Digesto di Giustiniano dove forse non è stato inserito per intero: « *Prout quodque contractum est ita et solvi debet. Ut cum re contraxerimus, re solvi debet; veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantumdem solvi debeat, et cum verbis aliquid contraximus, vel re, vel verbis obligatio solvi debeat, verbis, veluti cum acceptum promissori fit: re, veluti cum solvit quod promisit. Aeque cum emptio vel venditio, vel locatio contracta est: quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam assensu contrario dissolvi potest* (1)».

De'diversi pagamenti immaginarî le Instituzioni di Giustiniano indicano la sola accettilazione, il cui uso era più frequente e più comodo, la quale, come vedremo, erasi trovato modo di estendere a tutte le spezie di obbligazioni, e la quale era la sola che a quel tempo tuttora esistesse.

I. *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri ut patiatur haec verba debitorem dicere.* QUOD EGO TIBI PROMISI HABESNE ACCEPTUM? *Et Titius respondeat:* HABEO. *Sed et graece potest acceptum fieri, dummodo sic fiat ut latinis verbis solet:* ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. *Quo genere (ut diximus) tantum eae solvuntur obligationes, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae. Consentaneum enim visum est verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed et id quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, et per acceptilationem dissolvi. Sicut autem quod debetur, pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest.*

1. Similmente l'obbligazione, si scioglie per l'accettilazione, la quale è un immaginario pagamento. Mentre quel che si dee a Tizio per obbligazione di parole, può esser rimesso da Tizio se il debitore dica: HAI TU RICEVUTO QUEL CHE IO TI HO PROMESSO? e Tizio risponda: IO L'HO RICEVUTO. E l'accettilazione si può fare eziandio in greco, purchè si faccia in quel modo che si suole con le frasi latine: ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; ἔχω λαβών. E per questo mezzo si disciolgono, come noi dicemmo, solamente quelle obbligazioni che si formano con parole, e non altre. Perocchè egli è paruto esser cosa conveniente che quell'obbligazione che si è fatta con parole, possa esser disciolta con altre parole. Si può eziandio quel ch' è dovuto per altra cagione ridurre in istipulazione, e discioglierei per pagamento immaginario. Siccome poi quel che si deve, rettamente si può pagare per parti, così si può far l'accettilazione per una parte del debito.

L'accettiazione per sua propria natura era escusivamente applicabile alle obbligazioni contratte *verbis* Riguardo ad ogni altra obbligazione, essa non avrebbe prodotto liberazione, secondo il diritto civile (*ipso jure*). Tuttavia, la giurisprudenza non l'avrebbe lasciata senza effetto: ed in forza di questo principio, che, nulla come stipulazione, contiene nondimeno un patto (*non sua natura, sed potestate conventionis valet*), essa avrebbe figurato come patto, e procurato al debitore il soccorso d'un eccezione. « *Si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione id acturas videtur, ne pateretur* (2)». Ma i giureprudenti aveano trovato il modo di estendere anche secondo il diritto civile (*ipso jure*) ad ogni specie di obbligazione il pagamento immaginario per eccettilazione. Questo modo fu dedotto da ciò, che la stipulatione poteva essere adoperata per novare ogni specie di obbligazioni: in tal modo era possibile di ridurle tutte alla forma di un'obbligazione verbale, e dopo aver cambiato la loro natura estinguendole per questa novazione, sciogliere per l'accettilazione la nuova obbligazione, che le avea surrogate. Questo meccanismo suppone la conoscenza già acquistata di ciò che è la novazione: le Istitutioni ne fanno la spiegazione due paragrafi più appresso.

II. *Est prodita stipulatio quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes, et a Gallo Aquilio ita composita est: « Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebit praesens in diemve aut sub conditione, quarumque rerum mihi tecum actio, quaeque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu mecum habes, tenes, possidesve, dolove malo fecisti quominus possideas: quanti quaeque earum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius. Item ex diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: Quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum? respondit Aulus Agerius.: Habeo, acceptumque tuli ».*

2. È venuta fuori la stipulazione che volgarmente é chiamata Aquiliana, per la quale avviene che l'obbligazione di qualunque cosa si sia si riduce ad obbligazione di parole, la quale può esser tolta per accettilazione. Imperocchè la stipulazione Aquiliana rinnova tutte le obbligazioni, e fu ordi-

(1) *D. 46, 3.* De solut. *80, f. Pomp.*
(2) *D. 2, 14.* De pact. *27, § 9, f. Paul.* — *46, 4.* De acceptil. *8, f. Papin.* — *18, 5.* De rescind. vend. *5, pr. f. Julian.*

nata da Gallo Aquilio in questa maniera. « Ciocchè ti sarà o ti è necessario dare o fare per qualunque causa si sia, o al presente, o sotto condizione, ogni cosa per la quale io ho azione, domanda, o persecuzione contro di te, tutto ciò che tu hai, tieni, e possiedi di mio, o che dolosamente e con inganno hai cessato di possedere: quanto ciascuna di tali cose può valere, tanto Aulo Agerio ha stipulato che gli si dia in danaro, e Numerio Negidio ha promesso. Similmente Numerio Negidio ha interrogato alla sua volta Aulo Agerio. Tutto ciò che oggi ti ho promesso per la stipulazione Aquiliana l' hai tu per ricevuto? Aulo Agerio ha risposto: L' ho, e l' ho portato per ricevuto ».

Questo Aquilio Gallo è quel collega ed amico, di cui parla Cicerone (*collega et familiaris meus*). Discepolo di Mucio, maestro di Servio Sulpizio, collega di Cicerone nella pretura (an. di R. 688) egli acquistò tra tutt'i giureconsulti del suo tempo grande autorità appresso il popolo: « *Ex quibus Gallum maximae auctoritatis apud populum fuisse Servius dicit* (1) ». Egli immaginò parecchie formole diverse, le quali rimasero nella giurisprudenza per eludere i rigori o le difficoltà del diritto civile, e per giugnere a risultamenti pratici più utili. Tal' è quella di cui abbiamo fatto menzione (v. 1. p. 361), per render possibile l'istituzione de' postumi suoi (2); tali son le formole relative al dolo, secondo che Cicerone ci fa sapere (3); tale da ultimo è la formola che il nostro testo quì ci presenta, e che è conosciuta sotto il nome di stipulazione Aquiliana.

Questa formola come quì la troviamo non è altro se non il modello d'uno di quegli scritti, di cui abbiamo arrecato diversi esempi (quì sopra p. 125) destinati a provare le stipulazioni, le promesse, o le accettilazioni fatte tra le parti. I nomi di *Aulo Agerio*, e *Numerio Negidio* erano i nomi consacrati da' giureconsulti per le parti supposte in azione, ne' loro modelli di formole. La formola della stipulazione Aquiliana è compilata nella supposizione d' una compiuta trasformazione di ogni obbligazione preesistente, in una obbligazione unica e verbale, e dell' immediata risoluzione di quest' obbligazione mediante l' accettilazione; di tal maniera che il creditore fa al suo debitore assoluta quietanza di tutto ciò che gli deve in fino a quel giorno.

È da notare l' accuratezza e la preveggenza di Aquilio Gallo nel far comprendere dalla sua formola tutti i possibili diritti: CAUSA è la voce generica; OPORTET, OPORTEBIT abbraccia il presente e l'avvenire; PRAESENS, IN DIEMVE, AUT SUB CONDITIONE è relativo alle diverse modalità; ACTIO è l'azione *in personam*; PETITIO l'azione *in rem*; PERSECUTIO il ricorso straordinario innanzi al magistrato; HABES ha relazione alla rivendicazione propriamente detta; TENES, alla detenzione fisica; POSSIDES, al possesso civile; le frasi DOLOVE MALO FECISTI QUOMINUS POSSIDEAS sono state aggiunte alla formola dopo Aquilio Gallo; esse indicano l' obbligazione di colui che per frode ha fatto sparire una cosa, e l' ha fatto uscire dal suo possesso per deludere colui che avea il diritto di reclamarla. Del resto le parti nella pratica potevano restringere questa formola, ed applicarne il tenore ad una data obbligazione speciale, che aveano particolarmente in mira. Il modello della formola è composto in modo, come se immediatamente dopo fatta la stipulazione Aquiliana si trattasse di estinguerla per l'accettilazione, ma noi vediamo da diversi frammenti, che si adoperava eziandio qualche volta per fare seriamente una novazione, e per sostituire un'obbligazione unica e verbale munita dalla sua azione a tutte le obbligazioni preesistenti: segnatamente in materia di transazione (4).

III. *Praeterea novatione tollitur obligatio: veluti si id quod tu Seio debebas, a Titio dari stipulatus sit. Nam interventu nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur; veluti si id quod tu Titio debebas a pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. Non idem juris est si a servo quis fuerit stipulatus; nam tunc prior perinde obligatus manet ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicam factam novationem, si conditio extiterit: alioquin si defecerit durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat; per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumptiones alii in aliis casibus introducebant. Ideo nostra processit constitutio, quae apertissime definivit tunc solum novationem fieri, quotiens*

(1) *D. 1, 2.* De leg. 2 § *42, f. Pomp.*
(2) *D. 28, 2.* De liber. *29 pr. f Scaev.*
(3) Ved. qui sopr. p. 148 nota 4.

(4) *D. 2, 15.* De transct. *2, e 9,* § *2, f. Ulp.*; *15, f. Paul.* — *Cod. 2, 4.* De transact. *4, const. Alex.* — *Paul. Sent. 1, 1,* § *3.*

hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioquin manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostrae constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

3. Oltre a questo l'obbligazione si risolve per novazione, come sarebbe se Selo avesse stipulato che gli fosse dato da Tizio quel che tu gli dovevi. Dappoichè per intervenimento di nuova persona nasce nuova obbligazione e la prima va via trasformandosi in quest' ultima; e quantunque alle volte la stipulazione ultima, sia inutile; nondimeno la prima è tolta per ragion di novazione; come sarebbe se Tizio stipulasse con un pupillo non autorizzato dal suo tutore di aver ciò che tu gli dovevi. In questo si perde il tutto; poichè il primo debitore si libera, e l'obbligazione fatta dapoi non val nulla. Ma non è il medesimo se alcuno avrà fatto stipulazione con lo schiavo, essendochè il primo resta obbligato come se la seconda stipulazione non avesse avuto luogo. Ma se col tuo medesimo debitore tu facci la stipulazione, allora solamente vi sarà novazione, quando nella posteriore stipulazione sia qualche cosa di nuovo, come sarebbe se vi si mettesse condizione, o termine, o si aggiugnesse o levasse il fidejussore. E quel che noi abbiam detto che se si aggiungne condizione si fa novazione, si intende la novazione esser fatta ogni volta che la condizione starà, altrimenti mancando, dura la prima obbligazione. Ma siccome tra gli antichi si riteneva per certo che allora si faceva novazione, quando si faceva la seconda obbligazione con animo di novare; così era dubbio quando ciò potesse parer fatto con animo di novare, e diverse presunzioni in quanto a questa materia si erano secondo i diversi casi introdotti. Però venne avanti la nostra costituzione, la quale apertamente dichiarò che allora si fa novazione, quando espressamente si è dichiarato da' contraenti, ch'essi si sono convenuti per far novazione della prima obbligazione, altrimenti la prima obbligazione sta ferma e la seconda s'appoggia alla prima, siffattamente che resti viva l'obbligazione per l'una causa e per l'altra, secondo la diffinizione della nostra costituzione, la quale, leggendola, si può più apertamente intendere.

Ora passiamo ad un altro modo di scioglimento delle obbligazioni riconosciuto dal diritto civile (*ipso jure*): la novazione (1).

Il diritto civile aveva ammesso che potevasi sciogliere un' obbligazione sostituendovene una nuova in sua vece contratta. Di quì quella definizione e quella etimologia della parola novazione, che da Ulpiano ci son date: « *Novatio est prioris debiti in aliam obbligationem... transfusio atque translatio: hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. Novatio a novo nomen accepit, et a nova obligatione* (2).

Tutte le obbligazioni di qualunque maniera, o che sieno state formate *re*, *verbis*, *litteris*, o *consensu*, o che provengano da contratti, o quasi da contratti, da delitti, o quasi da delitti, tutte del pari possono esser novate. « *Omnes res transire in novationem possunt* », dice laconicamente Ulpiano (3). Nè principî del diritto civile, questo è certamente un risultato ben notabile; perciocchè la prima obbligazione si troverà disciolta senza che vi sia stato nè pagamento, nè liberazione per modo simile a quello che s' era adoperato per contrarla, e dalla forma usata per istabilire il nuovo legame risulterà la forza di creare nel tempo medesimo questa nuova obbligazione, e di estinguere la prima. Dal che si fa chiaro che non tutti i modi ammessi per obbligarsi, potranno avere siffatta forza; che si richiederà innanzi tutto un modo del diritto civile; e che eziandio tra questi non saranno tutti egualmente atti per la medesima loro natura, a produrre somigliante effetto. Il contratto verbale di stipulazione, e l' antico contratto *litteris* erano i soli contratti pe' quali si poteva operare la novazione; inoltre indipendentemente da queste novazioni contrattuali, le diverse fasi dei giudizî ne producevano in certi casi alcune forzose le quali potremmo chiamare novazioni giuridiche o giudiziarie, e delle quali quì bisogna toccare per dar compimento alla nostra esposizione. Ma a dir vero, il solo modo generale di novazione, ed il più comodo, il solo che si piegava a tutte le volontà delle parti, per la nuova obbligazione a contrarre e per le modalità da aggiugnervi, il solo che fu generalmente usato, ed in fine il solo di cui troviam fatta menzione nelle fonti che trattano spezialmente della novazione è il contratto di stipulazione. « *Quodcumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione* ». « *Et utrum verbis, an re, an consensu, qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest* (4) ».

Perchè vi sia novazione bisogna necessariamente, che vi sia una prima obbligazione; ma poco importa che quest'obbliga-

(1) *Gai. Com. 2, §§ 38, e 39.; Com. 3, § 176 a 179. — D. 46, 2.; e C. 8, 42.* De novat. et deleg.
(2) *D. 46, 2, h. t. 1, pr. f. Ulp.*
(3) *Ivi 2, e 1, § 1. f. Ulp.*
(4) Ulp. ne' med. framm. citati nella nota precedente.

zione sia civile, o pretoria, o anche puramente naturale (1), imperocchè bisogna qui ripetere quel che di già abbiamo detto, che le obbligazioni naturali possono servir di base così ad una novazione, come a'diversi contratti accessori di garentia (qui sopra p. 78).

È necessario ancora che la stipulazione la quale ha luogo per operare la novazione esista come contratto verbale secondo il diritto civile, e che la nuova obbligazione, che essa ha avuto per iscopo di produrre, esista del pari, e sia efficace, almeno naturalmente: « *Dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter* ». Questo doppio principio ci servirà a spiegar due punti del nostro testo, che non sono stati ammessi senza controversia nella giurisprudenza, nè comentati senza difficoltà da' moderni: 1. Noi vediamo dal nostro testo che la novazione potrebbe risultare da una promessa in istipulazione fatta da un pupillo anche senza autorità del suo tutore: ma non da quella fatta da uno schiavo. E pure così nell' uno come nell' altro caso si forma un obbligazione naturale: da che dunque questa differenza in quanto agli effetti relativi alla novazione? Gaio ci fa sapere che questa differenza non si era ammessa senza contrasto. Servio Sulpizio pensava che anche per effetto della promessa verbale fatta da uno schiavo la prima obbligazione si trovava novata, e per conseguente disciolta. Ma l'avviso contrario era prevaluto (*alio jure utimur*). In fatti non basta per la novazione che sia nata una nuova obbligazione almeno naturale: bisogna che quest' obbligazione sia nata da un contratto verbale, bisogna che nella forma vi sia stato contratto verbale. Or questo avviene quando la promessa è fatta da un pupillo non autorizzato, perciocchè quantunque pupillo egli è cittadino romano, può interrogare, o rispondere in un contratto *verbis*, salvo le regole sulle obbligazioni: nella forma vi è contratto verbale. Ma quando uno schiavo promette, non vi è promettente, dice Teofilo; perciocchè, se allo schiavo è stato permesso di figurare per conto del suo padrone nel contratto *verbis*, in qualità di stipulante, non gli è stato egualmente permesso di figurarvi come promettente. Dunque non vi ha contratto verbale neppur nella forma: non altrimenti, dice Gaio, che se alcuno avesse stipulato con la formola quiritaria SPONDES? da uno straniero al quale non era data la comunicazione di siffatta formola (2). 2° Il testo ancora ci dice che se la stipulazione intervenuta per novare è condizionale, anche la novazione è condizionale, e che mancando la condizione, la novazione sarà come non avvenuta, e la prima obbligazione continuerà sempre a durare. Servio Sulpizio era anche di contrario parere; egli pensava che la prima obbligazione era immediatamente novata per la stipulazione anche condizionale. Il contrario avviso era egualmente prevaluto (*sed in utroque casu alio jure utimur*). Questa parrebbe dover essere una questione di intenzione: han voluto le parti alla prima obbligazione sostituir definitivamente la seconda tuttochè condizionale? o han solamente voluto far una novazione condizionale? Ma i giureconsulti romani aveano ragionato più rigorosamente e più sottilmente. Perchè la novazione si compia è mestieri che vi sia nuova obbligazione: or se la condizione viene a mancare, non vi sarà stata obbligazione; la novazione dunque è condizionale: « *Nam statim fit novatio; sed tum demum, cum conditio steterit* (3) ».

La nuova obbligazione verbale che estingue la prima, e le è sostituta, può esser contratta da un nuovo debitore verso il medesimo creditore, perciocchè come un terzo può pagare il debito pel debitore, così egli può parimenti novarlo. Questo è quel che nel senso più generale addomandasi *expromittere*, e quegli che, per la sua promessa, libera in tal guisa il debitore ha il nome di *expromissor* (4); questi è anche una specie d'*intercessor*. Siffatto cambiamento di debitore richiede necessariamente il consenso del creditore; ma può bene aver luogo senza il consenso del debitore primitivo. Ed a questo caso appunto, quando cioè il nuovo debitore interviene ed

(1) *Ivi.*
(2) *Gai. Com. 3, § 179.*
(3) *D. 46, 2, h. t. 8, §§ 1, e 14, pr. f. Ulp.*
(4) Questa frase è generale, e si adopera anche ne' casi in cui l'*expromissor* è stato dato dal primo debitore. *D. 13, 7.* De pignerat. *10, f. Gai.* — *16, 1. Ad S. C. Vellej. 8, § 8, f. Ulp.* —38, 1 De oper. *lib. 37, §§ 4, e 8, f. Paul.* — *42, 1.* De re jud. *4, § 5, f. Ulp.* Dunque malamente nel linguaggio della pratica è ristretta esclusivamente al caso in cui il debitore primitivo rimane estraneo alla novazione. Notate il valore differente di queste diverse preposizioni *cum, ad, ed ex* nelle parole di *correi, promittendi, adpromissor, o expromissor.*

opera la novazione senza il concorso dell'antico, si applica più propriamente il nome di *expromissio*; al caso poi in cui l'antico debitore procura egli medesimo al suo creditore un altro debitore in sua vece, si dà il nome di *delegatio*. « *Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit* (1) ». La nuova obbligazione verbale può anche esser contratta dal medesimo debitore verso un nuovo creditore, purchè ciò si faccia per ordine del creditore. Gaio ci presenta questa spezie di novazione come un modo indiretto di trasferire ad altri il benefizio di un credito: « *Opus est ut jubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri: quae dicitur novatio obligationis* (2) ». Può far si parimenti da un nuovo debitore verso un nuovo creditore per ordine del antico: ciò risulta dalla definizione che abbia data della delegazione, secondo Ulpiano, (*alium reum dare creditori, vel cui jusserit*). Finalmente può avvenire che il debitore e il creditore restino i medesimi. In questo caso, se ciò che si è stipulato era dovuto per altra causa che per un contratto verbale: per esempio per cagione d'un mutuo, di un deposito, d'un delitto, quantunque nulla si sia mutato nell' oggetto o nelle modalità dell' obbligazione, pure non si può dubitare che si operi novazione; che anzi appunto su di ciò era fondata la possibilità di estinguere ogni sorta di debiti per mezzo dell' accettilazione (3). Ma se provando il primo debito anche da una stipulazione, la seconda stipulazione non differisse in nulla dalla prima, non si vedrebbe cambiamento alcuno, e non si potrebbe dire che vi ha novazione. Prevedendo un somigliante caso Gaio, ed il nostro testo dopo lui dicono che non vi sarà novazione se non quando la posteriore stipulazione contenga alcuna cosa di nuovo (*si quid novi sit*). E si dee notare a questo proposito quel che il nostro testo dice dell'aggiunzione o soppressione d'un fideiussore. Gaio nelle sue istituta non parla che d'uno *sponsor*. In effetti si comprende che siccome la *sponsio*, secondo quel che abbiam detto (pag. 134, not. 7) non poteva intervenire nè innanzi, nè dopo il contratto principale, ma dovea aver luogo nel medesimo tempo in una sola e medesima operazione, così era mestieri procedere ad un nuovo contratto verbale per aggiugnere, o per togliere uno *sponsor*, e che però avea potuto sorger la quistione, se vi fosse novazione in questo caso: l'affermativa non avea prevaluto che dopo una controversia tra le due scuole, e contro l'avviso de' Proculeani (4). Per riguardo al *fideiussor* che i redattori delle Istituta di Gaio han sostituto allo *sponsor*, l'idea d' una novazione non è guari più ammisibile, salvo che non si supponga che i contraenti estinguano la prima obbligazione verbale, e ve ne sostituiscano una seconda identica, unicamente per liberare i fidejussori che l'aveano garentita, o il medesimo debitore prometta di nuovo la medesima cosa obbligandosi a dare un fideiussore.

In riassunto, seguita da quel che precede che la novazione si può operare pel campiamento: o del debitore; o creditore; o del debitore e del creditore in un tempo medesimo; o del debito solamente.

In tutti i casi: si dee ricercare se le due obbligazioni che si succedono non sieno due obbligazioni distinte indipententi l'una dall'altra; ovvero se la prima sia disciolta e surrogata dalla seconda. Noi vediamo dal testo che per l'antico diritto romano questa era quistione d' intenzione: « *Si hoc agatur, ut novetur* » « *Si modo id actum sit ut novetur* ». « *Si novationis causa hoc fiat* » « *Si novandi animo secunda stipulatio facta est* (5) ». La qual qual quistione può nel fatto presentare gravi difficoltà di interpretazione, e numerose liti. Sappiamo ancora dal testo come Giustinino per metter fine a queste difficoltà ha chiaramente deciso in una costituzione, che non vi sarà novazione se non quando le parti abbian formalmente ed espressamente dichiarato che tal sia la loro intenzione. Nondimeno questa costituzione non è cosiffattamente chiara, che la sua interpretazione non abbia ancor fatto sorgere tra i comentatori delle difficili controversie, intendendo gli uni la necessità di siffatta dichiarazione radicalmente per tutti i casi; e gli altri solamente per que' casi ne' quali la loro intenzione potrebb'esser dubbiosa (6).

In quanto alla novazione pel contratto *litteris*; sia che il *nomen transcriptitium*

(1) *D. 46, 2, h. t. 11, e 17, f. Ulp.*
(2) *Gai, Com. 3, § 38.*
(3) Ciò che abbiamo detto qui sopra p. 131 nota 1. della stipulazione che interviene immediatamente dopo una numerazione di oggetti è fondato sopra cagioni al tutto particolari.
(4) *Gai. 3, § 178.*
(5) *D. 46. 2.* De novat. *2, 8, §§ 2, e 5, f. Ulp.; 28, f. Papin.*
(6) *C. 8, 42.* De novat. *8, const. Justinian.*

abbia luogo *a re in personam* o *a persona in personam*, quel che quì sopra ne abbiam detto (p. 149) è sufficiente a farla conoscere. Vi è ciò di notabile che Gaio dopo aver trattato dell' obbligazione *litteris* al suo luogo tra i contratti, non l indica nemmeno tra i modi di operare la novazione, quando giunge a questa materia. L'obbligazione presistente qui figura piuttosto come cagione dell' iscrizione del *nomen* che come soggetto principale d' una novazione che le parti abbian voluto fare.

In fine è ben degno d'esser notato quel che riguarda le novazioni giuridiche o giudiziarie. Noi abbiamo già avuto occasione di dire che nelle azioni *in personam* qualificate *judicia legitima*, le fasi del giudizio operavano due volte una novazione: la prima per effetto della *litis contestatio*: la seconda per effetto della sentenza. Di tal maniera che il convenuto è obbligato successivamente, prima per la causa generatrice della sua obbligazione, di poi per la contestazione della lite (*litis contestatio*); ed infine per la sentenza (*ex causa judicati*). Il che gli antichi, come sappiamo da Gaio, riassumevano in questi termini: « *Ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere* (1) ». Questa specie di novazione che da Gaio apertamente ci è rivelata, e sulla quale noi avremo a ritornare trattando delle azioni, ci era stata già indicata, segnatamente da questo frammento di Paolo, che ci mostra tra questa e la novazione volontaria una manifesta differenza (*aliam causam esse novationis voluntaria, aliam judicii accepti multa exempla ostendunt*): cioè che queste non estinquono i privilegi, i pegni o ipoteche annessi all'antico credito: « *Neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem* (2) ».

IV. *Hoc amplius, eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureorum; deinde, re nondum secuta, idest, neque pretio soluto, neque fundo tradito, placuerit inter eos ut discederetur ab ea emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione et locatione, et in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt.*

4. Di più quelle obbligazioni che si contraggono col consenso, si disciolgono per la contraria volontà. Poichè se Tizio e Sejo consentiranno tra loro che Sejo abbia il fondo Tasculano comprato per cento scudi d'oro; e dipoi non essendo seguita la cosa, cioè non essendo pagato il prezzo, nè consegnato il fondo, piacerà loro di ritirarsi da quella compra vendita, si libera l'uno e l'altro scambievolmente. Il medesimo è nella locazione conduzione, ed in tutti i contratti che discendono dal consenso.

Questo paragrafo non si applica assolutamente che ad una sola supposizione: quella cioè, che dopo formato un contratto consensuale, come una vendita, una locazione, una società, un mandato, le parti per scambievole consenso vogliano ritirarsene, e sciogliere lo come se non avesse avuto luogo. Per questo si richiede evidentemente che le cose sieno ancora intere: « *Integris omnibus* »; *omnibus integris manentibus* »; *antequam fuerit res secuta* »; « *si res secuta non fuerit* »; *priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur* »; « *re integra* », dicono e ripetono tutti a questo proposito. In fatti se un cominciamento d' esecuzione abbia avuto luogo da parte dell' uno, o dell'altro dei contraenti, o se l'oggetto del contratto sia perito, non è più possibile di rivocare i fatti compiuti, di fare che ciò che è seguito non sia seguito. La sola cosa che in tal caso sia possibile è di farlo da una parte, cessare per l'avvenire, se si estende ad un certo spazio di tempo, come il mandato, la società, o la locazione, e di ripararne dall' altra, per quanto è possibile gli effetti nel passato per via di nuovi mezzi atti ad ottener questo risultato. Si leggano tutt'i testi relativi a questo principio *integris omnibus*: e si vedrà che son tutti compilati nella supposizione di un contratto che le parti voglion fare svanire, come cosa non avvenuta (3).

Ma che decidere quando una delle obbligazioni, è stata eseguita e si tratta di estinguere fra le parti mediante una liberazione, ciocchè sopravvive; per esempio, quando il venditore, dopo aver consegna-

(1) *Gai. Com. 3, § 180.*

(2) *D. 46, 2, h. t. 29, f. Paul.* — *50, 17.* De reg. jur. *86, e 87, f. Paul.* — Ved. eziandio Fragm. Vatic. § 263. « *Nec interpositis delegationibus, aut inchoatis litibus actiones novavit* ».

(3) *D. 2, 14.* De pact. *58, f. Nerat.* — *18, 1.* De contrah. empt. *72, pr. f. Papin.* — *18, 5.* De rescind. vend. *3, f. Paul.; e 5, § 1, f. Julian.* — *46, 3.* De solut. *80, fr. Pomp.; 95, § 12, f. Pap.* — *C. 4, 45.* Quando lic. *1, const. Diocl. et Max.* — E segnatamente qui sopra *tit. 26, § 9*, ove la condizione *re integra* è richiesta anche in fatto di mandato.

ta la cosa venduta, o quando questa cosa sia perita senza sua colpa per caso fortuito vuol liberare il compratore della totalità, o d' una parte del prezzo? Può farlo per semplice convenzione, o bisogna ricorrere ad una stipulazione Aquiliana seguita dall'accettilazione? In altri termini, quali sono gli effetti del patto della rimessione (*de non petendo*) applicato alle obbligazioni derivanti da contratto di buona fede? Questo patto opera lo scioglimento dell' obbligazione *ipso jure*, o soltanto col mezzo dell'accettilazione? Fa uopo notare, che nelle azioni nascenti da queste sorte di contratti, non è mai necessario di fare inserire dal pretore alcuna eccezione fondata sull' equità; poichè è dello officio del giudice tenerne conto: donde segue che il più sovente non vi sarà col fatto alcuna differenza tra gli effetti della remissione operata nell'una o nell' altra maniera. Intanto bisogna dire che in principio, se non vi è stato che un semplice patto l'obbligazione continua a sussistere; l'eccezione è sott'intesa, ma è sempre una eccezione (qui sopra p. 193). Ed ecco una conseguenza che può presentarsi: supponete che per un secondo patto le parti rivengano sul primo, questo svanisce, ma l'obbligazione primitiva che non era stata estinta, sussiste ancora munita della sua azione; supponete che vi sia stato un fideiussore, il fideiussore continua ad essere obbligato: cose tutte che non avrebbero luogo, se il patto *de non petendo* avesse operata la risoluzione (1).

Vi ha nondimeno qualche obbligazione, che si estingue *ipso jure* pel semplice patto della rimessione: tali sono i casi dell'azione d'ingiuria e dell'azione di furto; ed in generale tutti quelli ne' quali la legge attribuisce un simile effetto al patto che diviene allora un patto legittimo (2)

Infine non è lo stesso per le obbligazioni naturali « *quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur* » dice Papiniano. Dal che segue che il fideiussore che avrebbe dato p. e. un pupillo, che si obbligava senza l'autorizzazione del tutore, si trovava liberato come il pupillo, per il patto della remissione fatto in favor di quest'ultimo (3).

Indipendentemente dalle quattro cause esposte nel nostro titolo, che sciolgono per diritto civile le obbligazioni: cioè il pagamento, l'eccettilazione, la novazione, e il mutuo dissentimento, ve nè ha qualche altra che bisogna essere esaminata; tali sono quelle della confusione, e della perdita della cosa.

La confusione che si opera allorchè la qualità del creditore e quella del debitore vengono a riunirsi nella medesima persona p. e. per l'effetto di una eredità, è indicata da' giureconsulti come mezzo ad estinguere l'obbligazione civilmente (4). A dir vero l'obbligazione non è estinta, ma vi ha solo un ostacolo all'esercizio dell'azione, che proviene dalle persone, poichè nessuno può convenir se stesso. Talmente chè se questo ostacolo viene a rimuoversi, come per effetto della querela d'inofficiosità, o d'una restituzione, l'azione rinascerà nel primo di questi casi, o dovrà esser egualmente ripristinata nel secondo (5). Ecco perchè questo avvenimento non figura nelle Istituzioni fra i mezzi di estinguere le obbligazioni.

Lo stesso avviene per la perdita della cosa dovuta. Se si tratta di un corpo determinato (*species*) che è perito senza colpa del debitore, questo si trova liberato: meno se non fosse per una causa di diritto qualunque risponsabile anche dei casi fortuiti, come avverrebbe nel caso di mora (6). Ma propriamente avvi quì piuttosto un ostacolo materiale, all'esecuzione della obbligazione, proveniente dalla cosa, che una estinzione di questa obbligazione. Perciò tale avvenimento neppure figura nel nostro titolo.

Da ultimo relativamente alle cause, che secondo il diritto civile lasciano sussistere l'obbligazione, ma che procurano al debitore un eccezione per difendersi contro l' azione del creditore, come il patto dell'assoluzione, del giuramento, della transazione, della compensazione, ne parleremo seguendo l' ordine del nostro testo trattando delle eccezioni.

---

(1) *D. 2, 14.* De pactis. *27,* § *2. f. Paul.*

(2) *Ivi 6, f. Paul. « Legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatusconsulto adjuvatur »; 7* § *14 in fin. f. Ulp.; 17* § *1, f. Paul.; e 30 pr. f. Gai.*

(3) *D. 46, 3.* De solution. *95,* § *4, f. Nerat.*

(4) *D. 46. 3.* De solut. *107 f. Pomp. Civiliter (resolvitur)... cum in eadem persona jus stipulantis promittentisque devenit » e 75 f. Modest.*

(5) *D. 5, 2.* De inoffic. testam. *21,* § *2. f. Paul. 29, 2.* De adquir. vel amitt. hered. *87,* § *1, f. Papin.*

(6) *D. 46, 3.* De solution. *107, f. Pomp. « Cum res in stipulationem deducta, sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit. — D. 45, 1.* De verb. oblig. 23, *f. Pomp. 82,* § *1, f. Ulp.*

REASSUNTO DEL LIBRO TERZO.

(TITOLO XIII. A XXIX.) — DELLE OBBLIGAZIONI.

NOZIONI, SUBBIETTO ED OBBIETTO DELL' OBBLIGAZIONE.

L' obbligazione costituisce ciò che oggi addomandasi diritti *personali*.

Essa è definita nelle Istituzioni: « *Juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura* ». I principali termini tecnici che vi si riferiscono nel linguaggio del diritto, son tratti da questa figura di lingua: un legame un vingolo, che assoggetta una persona ad un'altra. In essa noi troviamo indispensabilmente come subietti del diritto due persone: l'una subietto attivo, che appellasi *creditor* creditore (da *credere* aver confidenza, prestar fede); l'altra subbietto passivo detta *debitor* debitore.

L'obbietto dell' obbligazione si riduce sempre in definitivo ad una cosa che si dee pagare (*alicujus rei solvendae*) prendendo la parola cosa nel suo senso giuridico piu esteso. *Dare*, *facere*, *praestare* son tre parole la cui riunione è sacramentale nelle formole del diritto romano, per abbracciare in tutta la sua generalità l'obbietto che le obbligazioni possono avere. *Dare* si riferisce unicamente al trasferimento della proprietà romana; *praestare* è la frase più generale applicabile ad ogni sorta di vantaggio da procurare, in una parola ad ogni sorta di *prestazione* sì di cose, sì di diritti, e sì di fatti positivi, o negativi.

DIVERSE SPECIE, ED EFFETTI DELL' OBBLIGAZIONE.

La definizione romana dell' obbligazione non si applica che all' obbligazione esistente secondo il diritto civile (*secundum nostrae civitatis jura*). Tuttavia il tempo ha fatto ammettere nel diritto romano tre diverse classi di obbligazioni: 1.° obbligazioni civili (*civiles obligationes*), quelle che esistono, e producono i loro pieni effetti secondo il diritto civile; 2.° obbligazioni pretorie e onorarie (*praetoriae vel honorariae obligationes*), quelle che sono state introdotte dalla giurisdizione pretoria, e munite di mezzi pretori per esser messe ad effetto; 3.° da ultimo obbligazioni naturali (*naturales obligationes*), quelle che non son confermate nè dal diritto civile, nè dal pretorio, ma delle quali la giurisprudenza filosofica ha fatto riconoscer l'esistenza con alcuni effetti, sul solo fondamento del diritto delle genti, e della ragion naturale.

L'effetto principale dell'obbligazione civile consiste nella necessità pel debitore di fare la prestazione alla quale è tenuto, e nell'azione che ha il creditore per costringervelo. L'obbligazione pretoria produce eziandio un'azione, ma un'azione semplicemente pretoria: sia un'azione utile, sia un'azione inventata dal pretore.

In fine le obbligazioni naturali non producono azione niuna nè civile, nè pretoria; ma ciò che si è pagato per esecuzione di siffatte obbligazioni non si può domandare addietro come cosa non dovuta e pagata per errore; il creditore può farle valere per via di eccezioni se l'occasione se ne presenta; ed esse posson servir di base a contratti accessori, o di garentia, che suppongono un'obbligazione preesistente.

FONTE O CAUSE DELLE OBBLIGAZIONI IN GENERALE

Ogni diritto è generato da un fatto: in conseguenza non vi è obbligazione, che non provenga da un fatto. Se si consideri la cosa filosoficamente soltanto, i fatti che la ragione pura ci offre come atti a generare delle obbligazioni sono: 1.° il mutuo consenso delle parti; 2.° i fatti per effetto de' quali una persona può per sua colpa aver nociuto ad un'altra, il qual caso è regolato da questa massima di ragion naturale, che bisogna riparare il male, che ingiustamente si arreca; 3.° i fatti per effetto de' quali una persona può o volontariamente, o involontariamente trovarsi arricchita del bene di un'altra: il qual caso è regolato da quest'altra verità morale, che niuno si dee arricchire con danno di

un'altro; 4.° in fine talune relazioni tra le persone nella costituzione della famiglia, o della società; come i fatti razionalmente generatori di obbligazioni.

Ma il diritto civile de' Romani non si è tanto esteso. Esso non ha riconosciuto obbligazione o *vinculum juris* se non in taluni casi rigorosamente determinati da esso, e ben pochi di numero. Questi casi non furono estesi che gradatamente a poco a poco per l'editto del pretore, per la giurisprudenza, per le costituzioni imperiali, e per l' intervenimento sempre crescente delle idee del diritto delle genti.

Così per rispetto a quelle che han la loro origine dal consenso delle parti la parola contratto (*contractus*) è riservata alle convenzioni specialmente riconosciute per obbligatorie, e munite di un'azione dall'antico diritto civile de' Romani; il progredimento in ciò pare sia stato il seguente: 1.° il *nexum* operazione per *aes et libram* al quale fu col tempo sostituita la semplice tradizione o consegna della cosa; cioè la riunione del simbolo materiale e delle formole sacramentali; 2.° le formole sacramentali sole, prima derivazione dell'operazione per *aes et libram*, la quale si suppone compiuta; 3.° la scrittura investita d'un carattere civile sopra un registro speciale, e per così dire consacrato: seconda derivazione *per aes et libram* che anche si suppone compiuta; 4.° infine il semplice consenso, ma solamente in quattro casi derivati dal diritto delle genti, ed accolti dal diritto civile. Donde quattro classi di contratti: 1.° *re*, 2.° *verbis*, 3.° *litteris*; 4.° *consensu*. Da questi contratti in fuori la convenzione delle parti riceve il nome di *pactum*, *pactio*, *conventio*. Secondo lo stretto diritto civile essa non produce obbligazione; nondimeno parecchie circostanze possono modificar questo rigore, e dare ai patti diversi effetti giuridici.

Riguardo a' fatti che non sono il risultamento del consenso scambievole delle parti, l'antico diritto civile sotto il nome di *noxa*, più tardi *maleficium*, *delictum* ha eziandio determinato, e munito d'azione un certo numero di casi, ne' quali l'obbligazione risulta dal danno ingiustamente ad altri arrecato, e il diritto pretorio vi ha fatto alcune aggiunzioni. Donde due fonti di obbligazioni: il contratto ed il delitto. « *Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto* »; e quando la giurisprudenza viene a riconoscere delle altre cagioni differenti, essa le riduce e le assomiglia alle due fonti primitive; essa dice che queste son come varie figure di quelle cagioni legittime (*variae causarum figurae*); che l'obbligazione nasce come nascerebbe da un contratto (*quasi ex contractu*), o come nascerebbe da un delitto (*quasi ex delicto*). Onde specificando i particolari del sistema nel suo complesso vi ha quattro origini per obbligazioni: *ex contractu*, *o quasi ex contractu*; *ex maleficio*, *o quasi ex maleficio*.

Fonti o cagioni delle obbligazioni in particolare. — De' Contratti. — 1.° Contratti formati re.

Questi contratti sono al numero di quattro: 1.° il *mutuum* che noi oggi chiamiamo prestito di consumo; 2.° il *commodatum* detto da noi prestito ad uso; 3.° il deposito (*depositum*), e 4.° il pegno *pignus*. Questi contratti nel più antico diritto civile de' Romani aveano luogo per la mancipazione, *per aes et libram*, alla quale col tempo fu sostituita la tradizione o la semplice consegna della cosa. Dicesi che non possono altrimenti esistere che per siffatta tradizione (*re*), perchè l'obbligazione caratteristica ed essenziale che producono è l'obbligazione di rendere: or non si può trattare di rendere se non si è prima ricevuto.

Il *mutuum* è un contratto nel quale uno de' contraenti trasferisce in proprietà all'altro delle cose considerate *in genere*, che questi si obbliga di rendergli in un dato tempo nella medesima qualità e quantità. Questo contratto produce una sola obbligazione: quella di rendere. Esso non ha luogo se colui che ha consegnato le cose non ne era proprietario. Il S. C. Macedoniano decide che chiunque avrà prestato del danaro ad un figliuolo di famiglia senza il consenso del capo, non avrà alcuna azione per farselo rendere.

Il *commodatum* è un contratto nel quale uno de' contraenti dà gratuitamente all'altro con la facoltà di servirsene una cosa considerata come corpo certo (*in specie*), che questi si obbliga di restituirgli identicamente in un dato tempo. Il prestatore chiamasi in dritto romano *commodans*, colui che toglie ad imprestito vi è designato con questa perifrasi, *qui commodatum accepit*. Questo contratto non trasferisce in colui al quale si fa il prestito nè la proprietà, nè anco il possesso della cosa. Esso può applicarsi anche alla cosa altrui; è essenzialmente gratuito, sotto pena di

degenerare in qualche altra convenzione; dà origine a due obbligazioni: una prodotta immediatamente e necessariamente dal contratto ed è quella di chi toglie a prestito, il quale è tenuto di conservare e di rendere la cosa; l'altra che può nascere per effetto di fatti posteriori (*ex post facto*) ed è quella del prestatore, che è tenuto di far ragione a chi ha ricevuto il prestito di certe spese, o di certi danni sopravvenuti per occasion della cosa. Quegli che ha avuto il prestito è generalmente risponsabile del suo dolo, e di ogni colpa che un diligentissimo padre di famiglia non commetterebbe; il prestatore è tenuto solamente del dolo, e della colpa grave assomigliata al dolo.

Il *depositum* è un contratto, nel quale uno de' contraenti dà a guardare all'altro una cosa considerata come corpo certo (*in specie*), che questi si obbliga gratuitamente di custodire e di rendere quando gli sarà richiesta. Chi fa il deposito si appella *deponens*, chi lo riceve *depositarius*. Il deponente conserva la proprietà ed anche il possesso della cosa deposta. Due obbligazioni nascono dal contratto: una essenziale e prodotta immediatamente, quella di custodire e di rendere, contratta dal depositario; l'altra eventuale risultante da fatti posteriori (*ex post facto*), quella che ha il deponente di rendere indenne il depositario delle spese cagionate dalla custodia della cosa. Uno de' contraenti cioè il deponente è risponsabile di ogni colpa; l'altro, cioè il depositario, solamente di quelle ch'egli non commetterebbe nel maneggio abituale de' suoi proprii affari. Il deposito, come il comodato e essenzialmente gratuito.

Il pegno (*pignus*) si presenta sotto due differenti aspetti: 1. sotto quello di diritto reale conferito al creditore, diritto che è prodotto per solo effetto della convenzione, senza necessità d'alcuna tradizione; 2.° sotto quello di contratto.

Il contratto non ha il suo essere che dopo la consegna della cosa (*re*).

L'obbligazione principale che ne nasce immediatamente è quella del creditore il quale è tenuto di vegliare alla conservazione della cosa, e di restituirla dopo l'intero pagamento del suo credito. Un'obbligazione eventuale può nascere da' fatti posteriori (*ex post facto*) per colui che ha dato il pegno, quella di rendere indenne il creditore delle spese fatte per la conservazione della cosa. I due contraenti sono scambievolmente tenuti l'uno verso l'altro di ogni colpa. Chi ha dato il pegno ne conserva la proprietà, se per innanzi l'aveva. Gli effetti giuridici del possesso si dividono tra lui ed il creditore: egli ne conserva il benefizio in quanto all'usucapione; il creditore per contrario acquista il dritto alle azioni, ed agl'interdetti possessorii, che han per fine di far rimanere la cosa in suo potere.

I contratti formati *re* non solo il *mutuum*, ma eziandio il *depositum* ed il *pignus* si facevano anticamente per la mancipazione (*per aes et libram*). Le parole *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus* nella loro primitiva origine dinotano non il contratto ma la cosa che ne forma l'oggetto.

In quanto alle azioni che ne derivano: da una parte il *mutuum*, e dall'altra gli altri tre contratti, il comodato, il deposito, il pegno formano due classi ben distinte. Il *mutuum* da luogo alla *condictio certi*, azione di stretto diritto derivata dall'antico diritto romano, comune ai diversi contratti dello stretto diritto civile, ed unilaterale. Il comodato, il deposito, ed il pegno producono ciascuno un'azione speciale per essi soli che prende il suo nome da quello del contratto medesimo: azioni di buona fede date per l'adempimento delle obbligazioni reciproche dei contraenti, all'uno sotto la qualifica d'azione diretta, all'altro sotto quella d'azione contraria: *actio directa*, *o contraria commodati*, *depositi*, *o pigneratitia*.

2. CONTRATTI FORMATI *VERBIS*

Vi sono state tre spezie di contratti *verbis*. Il più generale e più importante, è la stipulazione seguita da promessa, prima derivazione del *nexum*, parole che si staccano dalla formalità dell' *aes et libra*. Ed inoltre in alcuni casi particolari la *dotis dictio*, e la *jurata operarum promissio liberti* che sotto Giustiniano non son più in uso.

Il contratto verbale di stipulazione consiste in una interrogazione precisa fatta dal futuro creditore al futuro debitore: SPONDES? DABIS? PROMITTIS? e nella risposta affermativa e conforme di quest'ultimo: SPONDEO DABO, PROMITTO. L'interrogazione porta il nome tecnico di stipulazione (*stipulatio*); la risposta, quello di promessa (*promissio*); l'unione di queste due cose forma il contratto verbale, al quale talvolta per figura di lingua si da il nome di stipulazione prendendo la parte

pel tutto. La stipulazione nella sua origine è una forma eminentemente civile, riservata esclusivamente a' soli cittadini romani. La formola primitiva e quiritaria era questa: SPONDES? SPONDEO. Col tempo si è trovato un modo di estendere la stipulazione anche agli stranieri. La formola quiritaria SPONDES? SPONDEO è stata sempre riservata a' soli cittadini; ma si sono ammesse le altre forme d'interrogazione PROMITTIS? PROMITTO, DABIS? DABO, etc., come quelle che sono del diritto delle genti, e permesse eziandio agli stranieri.

Questa forma d'impegno è generalissima, e si può applicare ad ogni specie di obbligazione, purchè sia lecita; ma essa produce obbligazione solamente da un lato: cioè dal lato del promettente. L'azione alla quale essa dà origine è, nel medesimo modo che pel mutuo, l'antica azione personale del diritto civile, la *condictio certi* ne' casi che l'oggetto della stipulazione è determinato (*certum*); e nel caso contrario la *condictio incerti* detta in questa particolare ipotesi *actio ex stipulatu*.

Il meccanismo della stipulazione è tale, che pel medesimo oggetto di obbligazione possono intervenire o più stipulanti, o più promettenti. L'operazione può aver luogo in maniera che prima e per così dire come in un solo fascio si facciano tutte le interrogazioni, e di poi tutte le risposte conformi. L'atto allora forma un solo tutto, un solo contratto verbale. Si dice che vi ha due, o più constipulanti (*duo rei stipulandi*); due, o più compromettenti (*duo rei promittendi*); e questi son detti *conrei*, o *correi*. Ciascuno di essi è creditore o debitore per la totalità (*in solidum*).

L'operazione può ancora esser fatto in modo, che dopo aver avuto luogo una prima stipulazione seguita da una risposta conforme, la quale forma per se medesima una obbligazione compiuta e principale, per garentirla, e rafforzarla v'intervenga un nuovo contratto per parole distinto, ma accessorio, nel quale il medesimo oggetto sia o stipulato col medesimo debitore da un secondo stipulante, o promesso al medesimo creditore da un secondo promettente. Allora vi ha più contratti per parole: l'uno principale, e gli altri accessorii. Colui che s'aggiunge, così al creditore principale per stipulare col medesimo debitore la medesima cosa addomandasi *adstipulator*. Colui che s'aggiugne ad un debitore principale per promettere la medesima cosa al medesimo creditore porta il nome generico di *adpromissor*. Gli *adstipulatores* erano di una sola specie qualunque fosse il modo in cui aveano interrogato. Ma essendo cessata la loro utilità da che fu ammessa, ed a mano a mano estesa la facoltà di operare, e piatire per procuratori, il loro uso cadde bentosto in dissuetudine. Per contrario offrendo le appromissioni una grande utilità pratica negli affari, il loro uso fu sempre più esteso. Se ne distinsero tre specie, secondo la formola d'interrogazione e di promessa: 1.° la *sponsio* esclusivamente riservata a' cittadini romani fatta nella formola quiritaria: IDEM SPONDES? SPONDEO dal che per colui che in questa forma promette è venuto il nome di *sponsor*. 2.° La *fidepromissio* fatta in questa formola IDEM *fidepromittis? fidepromitto*, introdotta per estendere mediante un cambiamento di formola questo contratto accessorio, agli stranieri: essa in conseguenza non è altro che la *sponsio* adattata ai *peregrini* ed è regolata da' medesimi principii; onde per colui che così promette è venuto il nome di *fidepromissor*. 3.° Da ultimo la *fidejussio* fatta in questa formola: FIDEIUBES? FIDEIUBEO, o altra equivalente, introdotta per uscire, mediante un cambiamento di formola dalle strette regole alle quali le due precedenti eran soggette; donde per colui che così promette è venuto il nome di *fidejussor*. Mentre la *sponsio*, e la *fidepromissio* non si potevano aggiugnere che ad un contratto verbale, e nel momento medesimo che questo avea luogo, la *fidejussio* per contrario si poteva aggiugnere per garentire qualsivoglia obbligazione tanto prima, quanto dopo che questa era nata. Le due prime sotto Giustiniano sono scomparse. La fidejussione è la sola che è rimasta.

Le stipulazioni si dividono secondo l'autorità dalla quale emanano in stipulazioni: 1.° convenzionali (*conventionales*) derivanti dalla libera convenzione delle parti; 2.° pretorie (*praetoriae*) le quali han luogo unicamente *in jure* per comando del pretore, ed alle quali la parte che vi è tenuta è costretta da mezzi di coercizioni pretorie; 3.° giudiziali (*judiciales*) le quali han luogo unicamente *in judicio* per comando del giudice: ed in mancanza la parte che vi è tenuta sarà condannata; 4.° finalmente comuni (*communes*) le quali cioè possono secondo i casi aver luogo tanto per comando del pretore, quanto per quello del giudice.

3.° CONTRATTI FORMATI *LITTERIS*

Il contratto litteris è una seconda derivazione dell'antica forma delle obbligazioni *per aes et libram*. Esso consiste nel considerare la somma, oggetto dell'obbligazione come pesata e data da una parte, e come ricevuta dall'altra, e nell'iscriverla come tale nella formola consacrata sul registro domestico (*tabulae*; *codex accepti et expensi*); donde i nomi di *expensilatio* per questo contratto; *pecunia expensa lata*, o *accepta relata* per la somma che ne forma l'oggetto. — Vi è a fare un parallelo molto istruttivo tra l'espensilazione e la stipulazione se si vuol dar lume alla materia. Il contratto *litteris* in questa forma essendo esclusivamente proprio ai cittadini romani, è stato esteso sotto una forma differente agli stranieri nelle *syngraphae* e nelle *chirographae*. Col tempo l'espensilazione, e le *syngraphae* cadono in dissuetudine. L'introduzione dell'eccezione non *numeratae pecuniae* fa decadere anche il *chirographum*, e lo confonde con la *cautio*, o semplice scrittura probatoria, almeno nel caso che questa *cautio* si riferisce al mutuo. Tal'è lo stato in cui il contratto *litteris* si trova al tempo di Giustiniano; ed in questo modo esso passa nella legislazione.

4. CONTRATTI FORMATI PEL SOLO CONSENSO

Questi contratti sono solamente quattro: la vendita (*emptio-venditio*), la locazione (*locatio-conductio*), la società (*societas*), ed il mandato (*mandatum*). Ve n'è veramente un quinto, l'enfiteusi; ma esso non entra in conto, perchè fino agli ultimi tempi non è stato considerato altrimenti che come una locazione, o secondo altri come una vendita. Questi contratti son derivati dal diritto delle genti; essi hanno questo di particolare che producono obbligazione da una parte e dall'altra (*ultro citroque*), e che i loro effetti son determinati secondo l'equità (*ex aequo et bono*).

VENDITA (*EMPTIO-VENDITIO*)

La vendita (*emptio-venditio*) è un contratto nel quale l'obbligazione principale de' Contraenti è: per l'uno di procurare all'altro la facoltà di avere una cosa come se ne fosse proprietario (*praestare rem habere licere*); e per l'altro, di pagarne un determinato prezzo in danaro. Il primo contraente chiamasi *venditor*; il secondo *emptor*; ed il prezzo *pretium*.

Il contratto si forma pel solo consenso: non pertanto secondo una costituzione di Giustiniano se le parti son convenute di ridurlo per iscritto, allora soltanto sarà perfetto quando la scrittura sarà formata, e non vi mancherà più nulla. Le arre (*arrhae*) altra volta erano un segno della conclusione del contratto: secondo Giustiniano esse danno a ciascuna parte la facoltà di disdirsi, il venditore perdendo le arre, il compratore restituendone il doppio. Ogni cosa che è in commercio, anche la cosa altrui può formar l'oggetto d'una vendita. Il prezzo dee consistere essenzialmente in danaro (*in numerata pecunia*) ed esser certo (*certum*).

Il contratto da se stesso non trasferisce al compratore la proprietà della cosa venduta; il suo unico effetto nella sua qualità di contratto è di produrre delle obbligazioni. Il venditore non è neppure obbligato di rendere il compratore proprietario della cosa venduta; ma il compratore è obbligato di trasferirgli la proprietà del prezzo che paga. L'obbligazione del venditore *praestare emptori rem habere licere* contiene in un tempo medesimo quella di trasferire il possesso della cosa (*rem tradere*), e quella di garentire da ogni evizione (*auctoritatem praestare*). Oltre la garentia dell'evizione, egli è anche obbligato a quella de' difetti occulti della cosa. Intorno a ciò l'uso avea introdotto alcune consuetudini ricevute, e l'editto degli edili curuli avea regolato la materia. Il venditore ed il compratore sono scambievolmente tenuti l'uno verso l'altro non solamente della frode, ma eziandio di ogni spezie di colpa.

Dopo formato il contratto di vendita, ed anche prima della tradizione i rischi della cosa passano nel compratore; in questo senso, che egli profitterà, o porterà il danno degli accrescimenti, o diminuzioni che la cosa avrà provati, o anche della sua perdita totale sopravvenuta senza colpa o mora del venditore; perciocchè l'obbligazione che questi ha di consegnare e far avere si applica alla cosa com'essa si trova nel momento che la tradizione debba esser fatta. Le parti però possono su tutti questi punti estendere o restringer più o meno le loro obbligazioni sia per mezzo di patti, sia mediante stipulazioni. Esse possono anche formare il loro contratto di vendita con aggiunzione di patti accessorii che ne modificano diversamen-

te gli effetti, e che quando intervengono nel tempo medesimo del contratto ne fanno parte integrante, e se ne domanda lo adempimento con la medesima azione.

Il contratto produce: l'azione *empti* o *ex empto* pel compratore; l'azione *venditi* o *ex vendito* pel venditore: azioni dirette di buona fede (*bonae fidei*) che servono a domandare l'adempimento di tutte le obbligazioni derivanti *ex aequo et bono*, dal contratto e da' suoi patti. Inoltre s'incontrano in questa materia le azioni: per diminuzione di prezzo (*actio aestimatoria* o *quanti minoris*), o per redibizione (*actio redhibitoria*) introdotte dall'editto degli edili in che la cosa abbia de' vizii; ed ancora le azioni provegnenti dalle stipulazioni ch'era in uso di fare, e che le parti avesser fatte in quanto alla garentia contra la evizione.

LOCAZIONE (*locatio-conductio*).

La locazione (*locatio conductio*) è un contratto nel quale l'obbligazione principale de' contraenti è per l'ordinario: per uno di procurare all'altro la facoltà di usare, o di percepire i frutti d'una cosa (*praestare re uti licere*, *o re frui licere*); e per costui quella di pagare in cambio di questo godimento un certo prezzo in danaro. La locazione può anche aver per oggetto sia de' lavori, o servigi di pagarsi proporzionatamente alla loro durata (*operae*); sia l'esecuzione di un lavoro a prezzo fatto (*opus*). Da ciò tre specie di locazioni aventi alcune regole comuni a tutte, e alcune altri particolari: 1.° locazione di cose (*rerum*); 2.° locazione di servigi (*operarum*); 3.° locazione d'un lavoro da eseguirsi (*operis*). Quegli che dee fornire la cosa da locare chiamasi generalmente *locator*; quegli che dee prenderla, *conductor*; ed il prezzo *merces*. Oltre questi nomi generici vi sono altre particolari denominazioni applicabili alle diverse varietà della locazione.

Il contratto risulta dal solo consenso, salvo l'innovazione di Giustiniano nel caso che le parti fosser convenute di ridurlo per iscritto. Esso produce delle obbligazioni scambievoli, distinte (*ultro citroque*), valutabili secondo l'equità (*ex aequo et bono*): tra le quali si trova pei due contraenti quella di essere mutuamente risponsabili non pure del dolo, ma eziandio di ogni colpa. La consegna della cosa a titolo di locazione non conferisce al locatario, nel sistema del diritto romano, alcuna sorta di diritto reale.

Il contratto finisce regolarmente per lo spirare del tempo convenuto, salvo la riconduzione espressa o tacita. Inoltre alcune cagioni particolari possono autorizzare le parti a ritirarsene. Nè la morte del locatore, nè quella del conduttore vi pongono fine. Il caso d'alienazione della cosa locata è regolato da questo principio, che la locazione non stabilisce legame che tra le parti che sono intervenute nel contratto.

Il contratto produce l'azione *locati* pel locatore, e l'azione *conducti* pel locatario: azioni dirette di buona fede (*bonae fidei*) che servono a domandare l'adempimento di tutte le obbligazioni derivanti per equità dal contratto o da'suoi patti accessorii. Inoltre alcune azioni, o interdetti particolari hanno per iscopo alcuni diritti reali dati per garentia di queste obbligazioni: l'azione Serviana (*serviana actio*), e l'interdetto Salviano (*interdictum Salvianum*), dati per l'editto pretorio al locatore nella locazione de' fondi rustici; e l'azione quasi Serviana o ipotecaria (*quasi Serviana* o *hypothecaria actio*) nella locazione delle case. Aggiungete, in questa medesima locazione, l'interdetto *de migrando* dato al locatario.

ENFITEUSI — DIRITTO REALE — CONTRATTO D'ENFITEUSI.

Si dee accuratamente distinguer nell'enfiteusi il diritto reale dalle obbligazioni che possono legar le parti. L'enfiteusi, come diritto reale, *emphiteusis* è uno smembramento particolare del diritto di proprietà. Appellasi enfiteuta (*emphyteuta*) colui che ha questo smembramento, ed il fondo che ne forma l'oggetto *praedium emphyteuticarium*. Questo diritto si presenta, in fatto con l'obbligazione imposta all'enfiteuta di pagare un canone periodico al proprietario (*pensio*, *canon*.) Il modo usuale con cui si stabilisce è la convenzione delle parti. Questa convenzione, il diritto particolare ch'essa ha in mira di stabilire, ed il nome che le è stato dato non si son determinati nel diritto romano se non gradatamente sotto l'impero de' fatti storici, disputando i giureconsulti se cosiffatta convenzione fosse una vendita, o una locazione. Quest'ultima opinione era predominante. Una costituzione di Zenone attribuisce al contratto d'enfiteusi un'esistenza, un nome, ed un'azione esclusivamente propria. Del rimanente non si vuol

confondere il contratto col diritto reale. Il contratto non produce altro effetto che quello di legare i contraenti in quanto all'enfiteusi da stabilirsi; ma il diritto si stabilisce mediante la tradizione fatta per esecuzione del contratto. Per l'adempimento delle obbligazioni prodotte dal contratto si da l'azione *emphyteuticaria* competente a ciascuna delle parti. In quanto al diritto reale, esso attribusce all'enfiteuta, ma solamente come azioni *utiles* le azioni che si darebbero ad un proprietario.

SOCIETA' (*societas*).

La società (*societas*) è un contratto pel quale due o più persone convengono che vi sarà tra loro una certa comunione di beni. Se ne distinguono più generi, secondo la natura o l'estensione de' beni che ne formano l'oggetto 1.° Società universale di tutt'i beni (*universorum bonorum*); 2.° Società universale di tutt' i guadagni (*universorum quae ex quaestu veniunt*); 3.° Società per qualche negozio determinato (*negotiationis alicujus*); 4.° Società per lo appalto delle pubbliche entrate (*vectigalis*). 5.° Società per la quale una sola, o alcune determinate cose son messe in comune (*unius rei*). Questo contratto si forma pel solo consenso. Esso produce trai contraenti da una parte e dall'altra (*ultro citroque*) delle obbligazioni valutabili secondo l'equità, le quali sono per tutti della medesima natura. Così il contratto, ed i contraenti portano un solo nome: *societas*, *socii*, e l'azione che ne risulta è parimente la medesima per tutti: *actio pro socio*. Le parti che i socii arrecano in mezzo possono essere eguali, o ineguali, della medesima, o di diversa natura, ed anche consistere unicamente nel lavoro, nell'industria: purchè non vi sia nulla d'illecito o d'immorale. Le obbligazioni principali degli associati tra loro sono di conferire la loro parte, il lavoro, l'industria che han promesso alla società, e di comunicare tra loro nella debita proporzione il guadagno o la perdita. Essi sono scambievolmente risponsabili del dolo, ed anche delle colpe, ma valutate solamente secondo la loro diligenza personale nelle proprie faccende, e non sull' esattezza e la cura del più diligente padre di famiglia. Le parti son fissate dalla convenzione. Esse possono esser ineguali tra gli associati; diverse nella perdita che nel guadagno; si può anche convenire che uno, o alcuni parteciperanno del guadagno senza partecipar della perdita. Ma una società nella quale uno degli associati fosse escluso da ogni parte nel guadagno, sarebbe nulla. I giureconsulti Romani la chiamavano società leonina (*leonina*). In difetto di convenzione le parti sono eguali. Quel che riguarda le obbligazioni de' socii nelle loro relazioni co' terzi debb' esser regolato da questo doppio principio: 1.° che la società è un contratto complesso, che rende necessario tra i socii entro certi limiti una specie di mandato espresso o tacito; 2.° che del diritto romano anche nel caso di mandato i crediti e le obbligazioni non esistono che tra quelli medesimi che sono stati parti ne' fatti che li han prodotti: salvo le modificazioni arrecate al diritto rigoroso dalla giurisprudenza, e dal diritto pretorio. Il contratto finisce: 1.° *ex personis* per la morte, per la grande o media diminuzione di capo, per la confisca universale (*publicatio*), o per la cessione de' beni. (*bonorum cessio*) di uno degli associati, 2.° *ex rebus* per la perdita delle cose, o per la fine del negozio che formano l'oggetto della società; 3.° *ex voluntate* per la rinunzia di uno de'socii (*renuntiatio*), salvo la responsabilità di colui che rinuncia con frode, o fuor di tempo: perciocchè i giureconsulti romani dicono di quest' ultimo che per una tale rinunzia egli libera i socii verso di se, senza liberar se verso di loro; 4.° *ex tempore*, allo spirare del termine convenuto, in questo senso che allora ciascun socio è in libertà di ritirarsi senza incorrere alcuna responsabilità. Noi non parliamo della novazione (*ex actione*). L'azione prodotta dal contratto è l'azione *pro socio*: azione diretta, di buona fede, nella quale la condanna non dee aver luogo che *in quantum facere potest*, ma porta infamia. Gli associati possono inoltre esercitare l'azione *communi dividundo* per far dividere la cosa comune. Si dee avvertire di non confondere queste due azioni di cui la prima tende a far eseguire il contratto di società; e la seconda a far cessare la comunione, almeno in quanto alla cosa divisa. Queste due azioni, esistono cumulativamente senza distruggersi a vicenda; ma in tal maniera che ne' punti che sono ad esse comuni quel che si sarà ottenuto per l'una, non si potrà più ottener per l'altra. Il medesimo è a dirsi per le azioni *furti*, *vi bonorum raptorum*, *legis Aquiliae*, o altre che potessero risultare da' fatti di uno de' socii nella cosa comune.

MANDATO (*mandatum*)

Il mandato (*mandatum*) è un contratto nel quale i contraenti convengono che uno di essi agirà in suo proprio nome per conto dell'altro, in uno, o in alcuni affari determinati, o anche in tutti gli affari in generale. Il contratto è formato pel solo consenso delle parti anche tacito. Esso appellasi *mandatum;* quegli che dà la commessione *mandans o mandator*, e quegli che l'accetta *mandatarius o procurator*. A principio, e per solo effetto della convenzione produce obbligazione da un sol lato, dal lato del mandatario, ma pel sopraggiungere di alcuni fatti posteriori (*ex post facto*) il mandante può anch'egli trovarsi obbligato. L'obbligazione del mandatario è di eseguire la commessione della quale si è incaricato, di renderne conto, e di restituire al mandante tutti gli oggetti, o tutti i dritti acquistati per effetto dell'operazione. Quella del mandante è di rimborsare al mandatario tutte le spese fatte, e di liberarlo da tutte le obbligazioni da lui contratte per l'esecuzione del mandato. Le due parti sono scambievolmente risponsabili di ogni specie di colpa. Riguardo a' terzi, il princio dello stretto diritto civile è che il mandatario contrae nel suo proprio nome: egli dunque si obbliga verso i terzi, e questi son obbligati verso lui; ma il diritto pretorio, e la giurisprudenza per mezzo delle azioni utili, e di alcune vie indirette hanno considerabilmente modificato le conseguenze del principio, e non gli han lasciato quasi altro che un esistenza nominale. Inoltre per effetto de' principii ammessi in ciò che riguarda il possesso, la proprietà è acquistata, o alienata pel mandante per effetto della tradizione fatta in suo nome al suo procuratore, o dal suo procuratore.

Le istituzioni di Giustiniano distinguono, ad imitazione, di Gaio, cinque gradazioni nel mandato, secondo l'interesse nel quale è intervenuto: interesse 1.° del solo mandante 2.° del mandante e del mandatario; 3.° di un altro solamente; 4.° del mandante e di un altro; 5.° del mandatario e di un altro. Il mandato dato nell'interesse del solo mandatario, a dir vero è un semplice consiglio. Si dee spezialmente notare il caso in cui il mandato interviene presentando grandi analogie con la fideiussione, di tal maniera che il mandato si trovi risponsabile del debito altrui; distinguere ciò che in questo caso vi ha di comune con le altre intercessioni, e ciò che vi ha di particolare. Il mandato finisce non solo pel consenso delle due parti, ma eziandio per la volontà d'una sola: rivocazione da parte del mandante, rinunzia da parte del mandatario; ed anche per la morte dell'una o dell'altra. Il mandato produce tra le parti l'azione diretta *mandati* pel mandante, e l'azione *contraria mandati* pel mandatario: azioni di buona fede, di cui la prima, in caso di condanna, porta infamia. Il diritto pretorio e giurisprudenza danno ai terzi contro il mandante le azioni risultanti dalle operazioni fatte col mandatario, sotto la qualifica di azioni utili quasi institorie (*utiles quasi institoriae*); ed anche nella più parte de' casi le azioni utili al mandatario contro i terzi.

PATTI. — DIVERSI CASI NE' QUALI SI TROVANO MUNITI D'UN'AZIONE.

All'infuori delle convenzioni qualificate per contratti dall'antico diritto civile, tutte le altre conservano il nome generico di patti o convenzioni (*conventio, pactum, pactio, pactum conventum*). I patti son definiti da Ulpiano: « *duorum pluriumve in idem placitum consensus* ». Benchè nello stretto diritto essi non producano legame, pure diversi effetti giuridici gradatamente ad essi furono attribuiti dal diritto civile, dal diritto pretorio, e da diritto imperiale.

Dal diritto civile: 1.° Nel caso de' patti aggiunti ad un contratto di buona fede nel momento medesimo della sua formazione (*ex continenti*); nella scienza vengon designati col nome di *pacta adjecta*; se ne domanda l'adempimento con l'azione medesima del contratto. 2.° Nel caso che il patto è stato eseguito da una delle parti. Questa esecuzione è riconosciuta dal diritto civile come causa di obbligazione (*subest causa*), e per conseguente dà origine ad un contratto formato *re*. Questi contratti il cui numero è indefinito non potendosi ridurre sotto la denominazione propria d'alcun contratto del diritto civile, vengono indicati nella scienza, come contratti innominati. Essi si riducono ad una di queste quattro operazioni: « *do ut des*, o *do ut facias*, o *facio ut des*, o *facio ut facias* »; e producono a favore di chi ha eseguito, un'azione civile (*civilis*), indeterminata (*incerta*) e conosciuta sotto il nome talvolta solo, e talvolta riunito di *actio in factum* o *praescriptis verbis* perchè in esse il Pretore espone il fatto

generale del diritto nella prima parte della formola: « *quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat* ». Colui che intenta quest'azione domanda che il suo avversario, se non eseguisce alla sua volta quel che si è convenuto, sia condannato a quanto importava all'attore che questa esecuzione avesse luogo. Nel caso che il contratto innominato è stato formato per la dazione di una cosa, quegli che ha dato può eziandio invece d' intentar l'azione, *prescriptis verbis* rivenire su ciò che ha fatto (*licet poenitere*), e domandare la restituzione in proprietà di ciò che a dato. Egli ha data per quest'oggetto la *condicto ob causam datarum*, ovvero *condictio causa data, causa non secuta*. La permuta (*permutatio*) non è altro che un contratto innominato: «*do ut des*» e riceve per conseguenza l'applicazione delle regole relative a questi contratti. Il precario (*precarium*), e la transazione (*transactio*) si possono allogare nella stessa classe.

Dal diritto pretorio: alcune convenzioni particolari sono state distinte, rendute obbligatorie per solo effetto del consenso. e munite d'un'azione pretoria. Queste son nominate (*pacta praetoria*.) Di questo numero è il patto di costituto (*constitutum*), cioè la promessa fatta per semplice patto di pagare un debito preesistente sia civile, sia pretorio, sia anche semplicemte naturale. L'esecuzione di questo patto si domanda con un'azione detta *actio de pecunia constituta*. Questo è un modo facile ed ingegnoso sì di modificar per semplice patto il pagamento d'un'obbligazione anche civile, sì di rendere obbligatorio per semplice patto il pagamento d'un'obbligazione puramente naturale, e si finalmente di rendersi per semplice patto cauzione del debito altrui. Il patto del giuramento estragiudiziale (*iurisjurandi*), e anche fra il numero de'patti pretorii.

Dal diritto imperiale: taluni patti sono stati eziandio renduti obbligatorii e muniti di azione, questi son detti patti legittimi (*pacta legitima*). Quando non è stata ad essi attribuita alcuna azione speciale se ne domanda l'esecuzione per una *condictio ex lege*. Nel numero di questi patti sono la donazione (*donatio*), ed il patto di costituzione di dote (*de dote constituenda*); ed il compromesso (*compromissum*).

I patti che non si riducono ad alcuno de'casi quì sopra annoverati ricevono l'epiteto di patti nudi (*nuda pactio*, *pactum* (*nudum*). Essi producono obbligazioni semplicemente naturali; per conseguenza i principi che regolano questa sorta di obbligazioni debbono esser ad essi applicati.

CONVENZIONI PROIBITE

Talune convenzioni per motivi di moralità di giustizia, di protezione speciale accordata a talune persone sono proibite. Di tal numero sono quelle relative al giuoco di azzardo (*alearum lusus*), e le scommesse (*sponsiones*) fatte alla occasione di parecchi giuochi. Le convenzioni di questo genere, di qualunque forma esse sian rivestite, non producono nè azione nè eccezione, e ciò che è stato pagato in esecuzione può esser ripetuto per la *condictio indebiti*.

OBBLIGAZIONI NATE COME DA UN CONTRATTO

Il contratto (*contractus*), ed il delitto (*delictum*) essendo le due cagioni primitive di obbligazione nel diritto romano, le altre cagioni sono ad esse per somiglianza ridotte, come delle imitazioni, e delle svariate figure (*variae causarum figurae*), e secondo che presentavano più analogia col contratto o col delitto si è detto che l'obbligazione nasceva *quasi ex contractu*, o *quasi ex delicto*.

I fatti che dan luogo alle obbligazioni nate *quasi ex contractu* differiscono radicalmente da'contratti in ciò: che non contengono alcuna convenzione sulla creazione di queste obbligazioni. Ma siccome essi son de' fatti leciti si possono anche meno paragonare a' delitti. I principii di ragione che giustificano il nascere delle obbligazioni in questi casi sono per lo più: che niuno si deve arricchire con danno di un altro; talvolta eziandio, che si è tenuto di riparare il danno cagionato per colpa; finalmente riguardo alle obbligazioni imposte dalla legge ed annoverate eziandio da' giureconsulti romani nella classe di quelle persone che nascono *quasi ex contractu* si è fatto luogo a talune considerazioni di utilità comune e di doveri di famiglia o di società. Studiando partitamente i casi ne'quali nascono delle obbligazioni *quasi ex contractu* si vede che la parte, ed i principali tra essi hanno la loro analogia con un contratto determinato del diritto civile del quale son come la figura.

Così si riducono al contratto di mandato per una certa analogia: 1.° la gestione degli affari altrui senza mandato nè espresso nè tacito (*negotiorum gestio*); 2.° la tu-

tela; 3.° la cura. Esse dan luogo, come il mandato, a due azioni reciproche l'una diretta, e l'altra contraria nel caso di gestione d'affari; *tutelae actio directa et contraria* nel caso di tutela; e *utilis negotiorum gestorum actio directa et contraria* nel caso di cura.

Al contratto di società si riducono in certo modo: 1.° la comunione accidentale in una proprietà indivisa; 2.° la coeredità, dall'una delle quali nasce l'azione *communi dividundo*, dall'altra quella *familiae erciscundae*. Ed a questi due casi si riferisce quello della confusione dei confini di due fondi vicini, e l'azione *finium regundorum* che vi si applica, quantunque in questa vi sieno delle notabili differenze.

Al mutuo si riferiscono nella più parte de' casi il pagamento fatto per errore di una cosa non dovuta, e la *condictio indebiti* che ne risulta. Tuttavia questo ravvicinamento non è possibile, se non quando si tratta di pagamento di cose, *quae pondere, numero, mensurave constant*; ma quando si tratta di qualsivoglia altra prestazione, la *condictio indebiti* non presenta più la figura della *condictio certi* nascente dal mutuo.

L'accettazione d'un'eredità è eziandio un fatto che produce tra l'erede e i legatarii delle obbligazioni nate quasi da contratto. Questo caso non si può ridurre ad alcun determinato contratto.

PRESTAZIONE DELLE COLPE.

Il danno sofferto da una persona può provenire o da un caso fortuito (*casus*), o da una forza maggiore (*vis major*), o dal fatto di un'altra persona. Niuno, salvo una convenzione contraria, può esser risponsabile nè de' casi fortuiti, nè della forza maggiore. Niuno egualmente può rispondere de' suoi fatti o delle sue omissioni, quando questi fatti, queste omissioni son leciti, cioè quando egli ha usato del suo diritto. Ma quando i fatti o le omessioni sono illeciti, possono secondo i casi essere imputabili, cioè messi nel conto del loro autore, e produrre per lui, in materia civile, l'obbligazione di ripararne le conseguenze.

I fatti illeciti (*injuria*) che recano danno ad altri e si possono imputare al loro autore, le si dividono: in dolo (*dolus*), quando sono stati commessi in istato di ragione e di libertà morale, a fine di nuocere; colpa (*culpa*), quando hanno avuto luogo senza rea intenzione. In tutt'i casi l'uomo è risponsabile del suo dolo, e non è neppure permesso di convenire anticipatamente ch'egli non ne sarà tenuto. La colpa offre diverse gradazioni. Essa può consistere o in azioni, o in omissioni che possono arrecare danno. L'uomo generalmente si dee astenere da ogni azione che può nuocere ad altri; ma egli non è tenuto di operare, di vegliare che non intervenga danno ad altri, salvo il caso che delle particolari relazioni gl'impongano quest' obbligo. Questa tale operosità, questa vigilanza chiamasi *diligentia*; e la sua mancanza *negligentia*; applicata alla guardia ed alla conservazione d'una cosa corporale appellasi *custodia*. I giureconsulti romani distinguono non tre, ma due gradi solamente di colpa: 1.° la colpa grave *culpa lata* o *latior*, o *magna culpa*; 2.° la colpa lieve sotto le designazioni varie di colpa *culpa levis*, *levior*, *levissima*. Il termine di paragone per misurar questi gradi è di due sorte: assoluto, negli uomini considerati in generale, relativo nel carattere abituale della medesima persona, della quale si vogliono valutare i fatti. Nel primo caso si paragona la sua diligenza, per la colpa grave, a quella che avrebbe avuta un uomo qualunque (*lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt*); e per la colpa lieve, a quella che avrebbe avuta il più diligente padre di famiglia (*diligens, diligentissimus quisque paterfamilias*). Nel secondo caso si paragona alla diligenza ch'egli pone abitualmente nelle sue faccende (*talis diligentia, qualem suis rebus adhibere solet*). I comentatori dicono che la colpa è considerata nel primo caso *in abstracto* e nel secondo *in concreto*. Di qual genere di colpa è tenuto l'uomo nelle obbligazioni nate da' contratti, o come da contratto? Intorno a ciò non si può dare alcun principio assoluto. I giureconsulti romani han deciso, secondo i casi, e per diverse considerazioni, nelle quali tuttavia si può scorgere qualche idea dominante.

MESSA IN MORA

Si chiama mora (*mora*) il ritardo, apportato contro il diritto, sia in una restituzione, sia in un pagamento ad effettuare. Il ritardo può provenire o da colui che deve fare la restituzione o il pagamento, o da colui che deve riceverlo. Essa qualche volta ha luogo *ex re*, vale a dire pel fatto istesso, e senza necessità di

alcuna intima (*interpellatio*). Il suo principale effetto è quello di mettere i rischi della cosa a carico di colui che è in mora, ed obbligare il debitore in mora al pagamento degl' interessi, o de'frutti, o più generalmente dell' indennità pel ritardo.

INTERESSI (*usurae*)

Si chiama capitale (*sors*, *caput*) l'ammontare d' una obbligazione principale, ed interessi (*foenus*, *versura*, più recentemente *usurae*) le frazioni di questo capitale che il debitore deve per soprappiù in ragione del tempo che il creditore si trova privato della sua cosa. Gl interessi, causa di discordie e di sedizioni frequenti presso i Romani sono stato l' obbietto di diversi plebisciti successivi. La tassa, che era stata fissata dalle XII tavole, ed anche dalle disposizioni posteriori, da Cicerone fino a Giustiniano fu fissata alla *centesima usura*, ossia all'uno per cento al mese, o dodici per cento l' anno. Giustiniano la riduce a più bassa ragione, che varia secondo la qualità delle persone e secondo le circostanze. Gl' interessi racchiusi ne' limiti prescritti, possono esser dovuti sia legalmente, per le disposizioni del diritto, sia in virtù di testamento o di convenzione. L' interesse di interesse, chiamato anatocismo è proibito.

ACQUISTO DELLE OBBLIGAZIONI.

Per principio generale, le obbligazioni ci si acquistano per noi medesimi, cioè noi diveniamo creditori, acquistiamo l'azione necessaria per costringere all'adempimento quando noi medesimi siamo stati attori negli avvenimenti produttori dell'obbligazione. Ma il principio che lo schiavo, ed il figliuolo di famiglia non hanno altra persona che quella del capo di famiglia, qui produce i suoi effetti; e le obbligazioni che provengono dagli avvenimenti, ne' quali sono stati parti, si acquistano a questo capo con le distinzioni però che riguardo al figliuolo di famiglia derivano dalla differenza de'peculii. Il medesimo è quanto agli schiavi di cui abbiamo solamente l' usufrutto, l'uso, o il possesso di buona fede, ma solamente nel limite dei diritti, che l'usufrutto, l'uso, o questo tal possesso ci conferiscono. Rispetto alle persone che ci sono estranee, il principio rigoroso, dello stretto diritto civile è che noi non acquistiamo per mezzo di loro obbligazione niuna; ma il diritto pretorio, e la giurisprudenza hanno per via indiretta arrecato a questo principio più d' una modificazione.

CESSIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

Per istretto principio del diritto civile romano un'obbligazione non può dal creditore esser trasferita ad altri; perocchè se mutate uno de'subbietti nel diritto personale, il diritto non sarà più il medesimo. Ma indirettamente si giugne ad operar questa cessione mediante il mandato: dando a colui, al quale si vuol cedere l'obbligazione, il mandato di esercitarne l'azione in qualità di procuratore. Questo è ciò che dicesi *mandare*, *praestare*, o *cedere actiones*. Il procuratore così costituito appellasi *procurator in rem suam*, per indicare, che operando egli fa il suo proprio affare. Il suo mandato è di una natura al tutto particolare: esso non lo assoggetta ad alcuna resa di conto, non è rivocabile, nè si estingue alla morte del mandante o a quella del procuratore. Benchè il *procurator in rem suam* non possa per stretto diritto altrimenti operare che come mandatario, che esercita le azioni del mandante; pure è considerato tener il luogo del proprietario, e la giurisprudenza del pari che le costituzioni imperiali gli hanno pur alla fine dato le azioni come appartenenti a lui per proprio conto, sotto la qualifica di azioni utili.

SCIOGLIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI.

La rottura del legame dell'obbligazione, e per conseguenza la liberazione del debitore, in qualunque modo avvenga appellasi *solutio*, prendendo questa parola nella significazione più generale. Il modo regolare di sciogliersi, quello che costituisce lo scopo finale dell'obbligazione è la prestazione di ciò che è dovuto; la parola *solutio*, pagamento in un senso più ristretto si applica particolarmente a questo modo principale di liberazione.

L' obbligazione di legame civile, non può esser d sciolta, se non conformemente alle regole del medesimo diritto civile (*ipso jure*); non pertanto ne' casi numerosi, in cui l' obbligazione, secondo lo stretto diritto continua a sussistere, il diritto pretorio, e la giurisprudenza danno al debitore col soccorso delle eccezioni (*exceptionis ope*) il mezzo di difendersi contro la domanda del creditore. Da ciò

quella divisione de' comentatori: « *Obligatio aut ipso jure, aut per exceptionem tollitur* ».

In capo a tutti i modi d'estinzione delle obbligazioni è il pagamento (*solutio*). Esso può esser fatto non solamente dal debitore, ma eziandio da un terzo sapendolo, o non sapendolo il debitore, ed anche contro sua volontà; e consiste nella prestazione di ciò che è dovuto: non pertanto se il creditere consente a riceversi *aliud pro alio*, la giurisprudenza romana dopo qualche controversia ha ammesso che il debitore per questa prestazione si trovi liberato *ipso jure*. Questo è quel che ordinariamente è detto *datio in solutum*.

L'obbligazione può esser disciolta senza pagamento, in diversi modi di liberazione, che prendono la loro origine dalla volontà delle parti. Su questo punto la giurisprudenza romana stabilisce questo principio frequentemente ripetuto: « *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est* ». Nondimeno questo principio non è assoluto, e senza eccezione.

Così il diritto civile ha ammesso che si può sciogliere un'obbligazione sostituendovene una nuova contratta in sua vece; questa è la novazione: « *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio* » Tutte le obbligazioni di qualunque maniera possono esser novate: «*Omnes res transire in novationem possunt*» Ma tutti i modi di obbligarsi non possono indifferentemente essere adoperati per fare una novazione. Solo il contratto verbale di stipulazione, ed il contratto *litteris* possono aver questa forza. Ci ha inoltre delle novazioni non contrattuali, ma giuridiche, e giudiziarie, che sono in certi casi il risultamento necessario delle diverse fasi de'giudizii. Il modo più comodo più esteso, e più usuale è il contratto di stipulazione.

Perchè vi sia novazione è necessario in primo luogo che vi sia una prima obbligazione: civile, pretoria, o anche puramente naturale; ciò poco importa. Si richiede in secondo luogo che la stipulazione fatta per sostituire un nuovo debito al primo, sia valida, nella forma, come contratto verbale secondo il diritto civile, e che la nuova obbligazione ch'essa ha per fine di produrre, essa medesima esista e sia efficace almeno naturalmente. Come il pagamento può esser fatto non solamente del debitore, ma eziandio da un terzo, così pure avviene della novazione. Sicchè la nuova obbligazione verbale che estingue, e surroga la prima può esser contratta: 1.° o da un nuovo debitore verso il medesimo creditore, sapendolo, o non sapendolo, il debitore primitivo, o anche mal suo grado. Questo nuovo debitore chiamasi generalmente *expromissor*, ed il suo atto *expromissio*, o *expromittere*; egli è una specie particolare di *intercessor*. Il caso in cui l'*expromissor* è dato al creditore dallo stesso debitore primitivo prende il nome speciale di delegazione. 2.° Dal medesimo debitore verso un'altro creditore, per ordine dell'antico 3.° Da un nuovo debitore verso un nuovo creditore per ordine dell'antico. 4.° In fine del medesimo debitore verso il medesimo creditore. In questo caso se la prima obbligazione proveniva da una stipulazione, perchè la stipulazione posteriore formasse una novazione era mesteri che contenesse qualche cosa di nuovo (*si quid novi sit*). In tutti i casi si dee essenzialmente ricercare se le due obbligazioni che si succedono sono due obbligazioni distinte indipendenti l'una dall'altra; o se la prima è disciolta è sostituita dalla seconda. Gli antichi facevano di ciò una quistione d'intenzione; ma una costituzione di Giustiniano decide che non vi sarà novazione se non quando i contraenti avranno espressamente dichiarato che tal'è la loro intenzione.

L'obbligazione può eziandio esser disciolta per volontà delle parti senza che vi sia nè pagamento, nè nuova obbligazione contratta in suo luogo. E quì si applica il principio che essa debb'esser disciolta nel modo medesimo che s'è formata. Così potendo le obbligazioni esser formate: anticamente *per aes et libram*; più tardi *re*, *verbis*, *litteris*, *o consensu*. La liberazione *re* non è altro che il pagamento: essa per conseguente si applica a tutte le obbligazioni di ogni maniera. Ma i quattro contratti reali non comportano altra che questa; la liberazione *per aes et libram* era una specie di pagamento immaginario (*imaginaria solutio*), che s'applicava alle obbligazioni contratte nella medesima forma, segnatamente a quelle derivanti da legati fatti *per damnationem*: ed inoltre a quelle che risultavano da una sentenza: (*ex judicati causa*). Sotto Giustiniano essa non è più. La liberazione *verbis* è un'altra sorta di pagamento immaginario, che consiste in un'interrogazione del debitore che domanda al creditore se egli tiene per ricevuto ciò che egli è stato pro-

messo, e nella risposta affermativa del creditore. Essa chiamasi accettilazione, e si può applicare soltanto alle obbligazioni *verbis*; ma la giurisprudenza ha trovato il modo di estenderla a tutte le obbligazioni di ogni specie: basta per questo di trasformare per novazione l'obbligazione che si vuol'estinguere, qualunque sia, in un'obbligazione verbale, ed allora si può sciogliere per l'accettilazione. Notate a questo soggetto la formola nominata stipulazione Aquiliana, e data da Aquilio Gallo per far quietanza ad un debitore, di tutto ciò ch'egli vi deve fino al presente. La liberazione *litteris* dovea esser anche un pagamento immaginario operato per iscrizione sui registri, e proprio esclusivamente alle obbligazioni *litteris*; non pertanto nulla si trova ne' fonti, che ne riveli la sua esistenza. Da ultimo pel solo consenso si possono sciogliere i quattro contratti consensuali: cioè ritirarsene, annullarli come se mai non avessero avuto luogo: purchè però le cose sieno ancora intere (*re integra* ; *antequam fuerit res exsecuta*), cioè che non vi sia stata ancora nè perdita degli oggetti del contratto, nè esecuzione, o cominciamento di esecuzione, da parte di uno de' contraenti.

Le Instituzioni passano sotto silenzio alcune altre cause di scioglimento *ipso jure* delle obbligazioni: come la confusione e la perdita della cosa dovuta senza colpa, o mora del debitore, nelle obbligazioni di corpi certi. Propriamente parlando questi avvenimenti non sono cause estintive di obbligazioni. La confusione, non è un ostacolo proveniente dalle persone, all' esercizio dell' azione: e la perdita della cosa dovuta, non è un ostacolo proveniente dalle cose istesse alla esecuzione della obbligazione. In quanto a' casi, nei quali benchè l' obbligazione sussiste, il debitore ha nondimeno il soccorso delle eccezioni per difendersi contro il creditore, come il patto di remissione, il giuramento, la transazione, la compensazione, etc. di essi cadrà in acconcio il far parola, quando si tratterà delle eccezioni.

Fine del libro terzo.

LIBRO QUARTO

TITULUS I.

DE OBLIGATIONIBUS QUAE EX DELICTO NASCUNTUR

Cum expositum sit, superiori libro, de obligationibus ex contractu, et quasi contractu, sequitur ut de obligationibus ex maleficio, et quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illae quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur. Hae vero unius generis sunt; nam omnes ex re nascuntur, *id est ex ipso maleficio : veluti ex furto, aut rapina, aut damno, aut injuria.*

TITOLO I.

DELLE OBBLIGAZIONI CHE NASCONO DA DELITTO.

Avendo noi ragionato nel libro precedente delle obbligazioni per contratto e per quasi contratto, resta che consideriamo la materia delle obbligazioni per maleficio, e per quasi maleficio. Ma quelle, siccome a suo luogo dicemmo, si dividono in quattro sorte, e queste sono d'una sola sorta : perocchè *tutte nascono da cosa*, cioè dal delitto medesimo : come sarebbe da furto, da rapina, da danno, o da ingiuria.

Il testo qui tratta de' delitti solamente per rispetto alle obbligazioni che producono, ed alle azioni private che ne risultano per le persone offese, contro i delinquenti

Omnes ex re nascuntur. Queste obbligazioni nascono tutte dalla cosa, cioè dal fatto, dal delitto, dal misfatto medesimo (*ex ipso maleficio*); a differenza di quelle de' contratti, che provengono, come abbiam veduto, sia dalla cosa, sia dalla stipulazione, sia dalla scrittura, sia dal consenso.

Non si dee credere che in diritto romano il delitto consista in ogni fatto nocivo ed illecito commesso con rea intenzione. Noi troveremo classificati fuori de' delitti alcuni fatti dannosi ed illeciti, ne' quali si trova questa malvagia intenzione, e per contrario annoverati tra i delitti alcuni fatti nocivi, ne' quali non vi è stata da parte del loro autore alcuna intenzione di nuocere. La ragione è che in diritto romano avviene pe' delitti quel che avviene pe' contratti : perchè vi sia obbligazione risultante da un delitto (*ex delicto*) è mestieri che il fatto nocivo di cui si tratta sia stato specialmente preveduto, e definito come tale dall'antica legislazione civile, e che un'azione particolare vi sia stata annessa.

1. *Furtum est* contrectatio rei fraudolosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, *vel etiam usus possessionisve;* quod lege naturali prohibitum est *admittere.*

1. Il furto è *il frodolento impadronirsi della cosa per trar guadagno o dalla cosa stessa*, o dall'uso, e possesso di quella, il che è proibito per legge naturale.

Il giureconsulto Paolo nelle sue *Sentenze* ci da una definizione del furto che presso a poco si riduce a quella del nostro testo : « *Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat* (1).

Contrectatio rei. Esso è propriamente parlando il contatto della cosa e per conseguenza il suo traslocamento, la sua sottrazione. Senza questo contatto non vi è furto quando anche vi fosse l'intenzione: « *Furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittitur* (2). Così se un uomo s'introduce per rubare aprendo, o anche rompendo una porta, in fino a che egli non ha ancora presa la cosa, non vi è ancora furto ; il medesimo è di colui che frodolentemente si fa prestar consenso per un' obbligazione. Da ciò eziandio si conchiude che gl'immobili non son capaci d'esser rubati perchè vi ha impossibilità di sottrarli, di tramutarli maneggiandoli (3) Nondimeno i Sabiniani, altra volta portavano avviso che vi pote-

(1) *Paul. Sent. 2, 31, 1.*
(2) *D. 41, 2, 5, § 18, f. Paul.*
(3) *Ivi 47, 2, 25, pr. f. Ulp.* —V. qui sopra *V. I. p. 289.*

va esser furto anche riguardo agl' immobili, ma questo avviso, secondo quel che ne riferisce il medesimo Gaio era stato riprovato (1). Il testo non aggiunge, come Paolo, e come Teofilo nella sua Parafrasi, *contrectatio rei alienae*, l'involamento della cosa *altrui*, probabilmente perchè si può, come vedremo, commetter furto eziandio sulla propria cosa, ma questo mai non avviene, se non quando si sottrae su questa cosa un diritto che apparteneva ad altri, come sarebbe un diritto d'uso, o di usufrutto.

Fraudulosa. La sottrazione per costituire un furto debb' esser fraudolenta: il che sta espresso nella definizione di Paolo: *dolo malo.* Chi prendesse la cosa altrui credendo averne il diritto, per esempio, come erede, come usufruttuario, o credendo che il padrone gliene avesse data la facoltà, non commetterebbe un furto. Noi abbiam veduto un caso somigliante v. 1. pag. 289.

Lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve. L'intenzione fraudolenta del ladro, involando la cosa, non è solamente di recar danno ad altri, ma principalmente di appropriarsi un guadagno su questa cosa: o che questo guadagno consista nella cosa medesima, nel suo uso, nel suo possesso, o in qualunque altro somigliante diritto su di quella, vi è sempre egualmente furto, come vedremo degli esempi arrecati ne' seguenti paragrafi. Del rimanente se alcuno involasse la cosa per darla ad un altro, del pari vi sarebbe furto (2).

Teofilo nella sua *Parafrasi* aggiunge ragionevolmente a questa definizione, che l' involamento, perchè il furto abbia luogo, debba recar danno ad altri: *laedens aliquem.* In fatti noi vedremo per gli esempi del testo che anche questa condizione è necessaria.

II. *Furtum autem vel a furvo id est nigro dictum est, quod clam et obscure fiat, et plerumque nocte; vel a* fraude; *vel a* ferendo, *id est auferendo, vel a graeco sermone, qui φωρὰς appellant fures. Imo et Graeci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerunt.*

2. Questa voce furto viene o da *furvo* (nero), essendochè il furto si commette nascosamente, e per lo più di notte, o da *fraude* (frode), o da *ferendo* (portar via), o dalla voce greca φῶρας; poichè i Greci così chiamano i ladri; e questa parola viene parimente da φέρειν portar via.

III. *Furtorum autem* genera duo sunt: *manifestum et nec manifestum. Nam* conceptum *et oblatum species potius actionis sunt furto cohaerentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit.* Manifestus fur est, *quem Graeci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant; nec solum is qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is qui in eo loco deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit, et nondum egressus januam deprehensus fuerit; vel qui in oliveto olivarum aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto fur deprehensus sit. Imo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus, vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo perferre ac deponere rem destinasset. Sed si pertulit quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quae diximus intelligitur, nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.*

3. I furti sono di *due sorte,* manifesto, e non manifesto; poicchè il *conceptum* ed *oblatum* son piuttosto specie di azioni che si appoggiano al furto, che generi di furto, come più oltre apparirà. *Il ladro manifesto,* che i Greci dicono ἐπ' αὐτοφώρῳ è non solamente colui che è trovato nel furto, ma colui eziandio che è trovato in quel luogo, nel quale è stato fatto il furto, come sarebbe se uno che avesse fatto furto in casa, non essendo ancora uscito fuor della porta fosse trovato, e colui che avesse fatto furto d'olive in un oliveto, o di uve in un vigneto fosse trovato nell'oliveto, o nel vigneto. Anzi il furto manifesto si estende più oltre, cioè fino a che il rubatore tenendo la cosa tolta è stato veduto, o trovato o in pubblico o in privato, o dal padrone, o da qualunque altra persona, innanzi ch'egli giugnesse a quel luogo ove aveva deliberato di porre o portare la cosa rubata. Ma s'egli l'avrà portata dove l'avea destinata, essendo trovato con la cosa rubata non è ladro manifesto. Per quello che si è detto s'intende che cosa sia il furto non manifesto, imperocchè quello che non è furto manifesto è furto non manifesto.

Genera duo sunt. I giureconsulti Sulpizio e Sabino, e que' della loro scuola annoveravano quattro specie di furto, al dire di Gaio; il furto *manifesto,* o *non manifesto*; *conceptum,* o *oblatum.* Labeone per contrario ne annoverava solamente due: il furto *manifesto,* e il *non manifesto;* perchè in quanto agli altri casi erano delle azioni speciali che nascevano dal furto secondo le circostanze accidentali, piuttosto che altre specie particolari di furto. Quest'ultima opinione come la più esatta era adottata da Gaio (3), ed è stata seguita dal nostro testo. Paolo nelle sue *sentenze* professava ancora quella de' Sabiniani (4).

Manifestus fur est. I caratteri che il testo espone come costitutivi del furto manifesto non erano stati adottati senza con-

(1) *Gai. 2, 51.*
(2) *D. 47, 2, 54,* § *1 f. Gai.*
(3) *Gai. 3, 183.*
(4) *Paul. Sent. 2, 31, 2.*

troversia tra i giureconsulti. Noi vediamo dalle Istituta di Gaio e dalle *Sentenze* di Paolo, che erano in campo quattro opinioni che davano al furto manifesto, più o meno d'estensione. Secondo gli uni, perchè vi fosse furto manifesto, era mestieri che il ladro fosse stato preso sul fatto; secondo altri bastava che fosse preso sul luogo del furto; secondo una terza opinione, in qualunque luogo, ma tenendo ancora la cosa rubata, prima d'esser giunto al luogo dov'egli la volea trasportare; in fine secondo una quarta opinione, in qualunque tempo, ed in qualunque luogo, se fosse stato preso tenendo la cosa rubata. La terza opinione era la più seguita (1); ed è quella che il nostro testo conferma.

Noi nell'*Hist. du droit.* (Tavol. VIII), abbiam già riferito i frammenti e le disposizioni delle dodici Tavole relativamente al furto. Sappiamo che quella legge primitiva avea consecrata la distinzione fondamentale tra il furto *manifesto* ed il *non manifesto*; che la pena del furto manifesto era capitale: « *Poena manifesti furti ex lege XII. Tabularum capitalis erat* » (2), in questo senso che l'uomo libero dopo essere stato battuto con verghe era consegnato (*addictus*) al derubato, « *nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat* » (3). Era, dice Gaio, quistione tra gli antichi se per questa *addictio* egli diveniva realmente schiavo, o solo assomigliato a colui che fosse stato aggiudicato ad un altro (4). Per lo schiavo la pena dell'furto manifesto era la morte: egli era precipitato dalla rupe Tarpeja. Ma più tardi il pretore moderò questo rigore penale, ed introdusse col suo editto contro il furto *manifesto* tanto per l'uomo libero, che per lo schiavo l'azione penale del quadruplo. In quanto al furto *non manifesto*, la pena, secondo la legge delle XII Tavole era un'azione pel doppio, che fu conservata dal pretore. « *Nec manifesti furti poena per legem XII Tabularum dupli inrogatur; quam etiam praetor conservat* (5).

IV. Conceptum furtum *dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit. Nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.* Oblatum fortum *dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit: utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum qui dedit conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit propria adversus eum qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum qui furtum quaerere testibus praesentibus volentem prohibuerit. Praeterea poena constituitur edicto praetoris, per actionem furti non exhibiti adversus eum qui furtivam rem apud se quaesitam et inventam non exhibuit. Sed hae actiones, id est, concepti et oblati et furti prohibiti, nec non furti non exhibiti in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivae hodie* secundum veterem observationem non fit, *merito ex consequentia etiam praefatae actiones ab usu communi recesserunt; cum manifestissimum est quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint*, furti nec manifesti obnoxii sunt.

4. Il furto si dice *conceptum* quando la cosa rubata è cercata e trovata appresso qualcuno in presenza di testimoni. Perocchè contro costui, quantunque non sia ladro si è ordinata una propria azione, che si chiama azione *concepti*. Dicesi furto *oblatum*, quando la cosa rubata ti è rimessa da qualcuno, e presso di te si rinviene, sè essa ti è stata data con animo che sia trovata piuttosto presso di te, che presso colui che la diede; perocchè contro colui che te la offerse quantunque non sia ladro, tu hai propria azione, la quale è chiamata azione *oblati*. Ed è eziandio ordinata l'azione *prohibiti furti* contro colui che s'è opposto a chi in presenza di testimoni voleva cercar la cosa rubata. Oltre a questo si costituisce una pena dall'editto del pretore per l'azione *furti non exhibiti* contro colui che non ha voluto dar la cosa rubata che è stata cercata e trovata presso di lui. Ma quest'azione *concepti* ed *oblati*, e *furti prohibiti*, o *non exhibiti* sono andate in dimenticanza: poicchè non facendosi oggi la ricerca della cosa furtiva *con quell'ordine che faceano gli antichi*, si è per conseguenza meritamente cessato d'usar comunemente le predette azioni; essendo cosa chiara che tutti coloro che ricevono e nascondono cose rubate, sapendolo, *son colpevoli di furto non manifesto.*

In questo paragrafo si tratta di alcune particolari azioni, che per accidentali circostanze potevan nascere per occasione d'un furto.

Il testo indica quattro di queste azioni: 1° *actio furti concepti*; 2° *furti oblati*; 3° *furti prohibiti*; 4° *furti non exhibiti*; le due prime derivanti dalla legge delle Dodici Tavole; le altre due introdotte dal pretore.

Conceptum furtum. Quì si tratta dell'azione contro il ricettatore d'un oggetto involato. La legge delle XII Tavole aveva

(1) *Gai. 3, 184. — Paul. Sent. 2 31, 2.*
(2) *Gai. 3, 189.*
(3) *Ivi.*
(4) « *Utrum autem servus efficeretur ex* addictione, *an adjudicati loco constitueretur, veteres quaerebant* ».) *(Gai. Ivi)* Ved. quel che noi abbiam detto, sullo stato di colui che era stato *addictus* qui sopra *Espos. General. del dr. rom. n. 16.*
(5) *Gai. 3. 190.*

stabilito a questo riguardo una distinzione analoga a quella tra il furto manifesto ed il non manifesto. Essa avea consacrato, per ricercare un oggetto involato presso colui che lo riteneva nascosto, un certo modo solenne: quegli che volea fare la ricerca dovea esser nudo (*nudus*), cinto d'un pannolino (*linteo cinctus*), tenendo nella mano un piattello (*lancem habens*); e se la cosa rubata era scoverta per questo modo solenne di ricerca, il furto era considerato riguardo al raccettatore come manifesto, e punito come tale. « *Hoc solum praecepit* (*lex*), *ut qui quaerere velit, nudus quaerat, linteo cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, jubet id lex furtum manifestum esse* » (1). Questo era ciò che dicesi *furtum lance licioque conceptum*. Ma se l'oggetto involato era scoverto accidentalmente, o per una ricerca fatta di consenso di colui presso il quale si ricercava in una parola, senza ricorrere alla forma solenne, allora il furto era detto semplicemente *furtum conceptum*, e la legge delle XII Tavole puniva il ricettatore con la pena del triplo: «*concepti et oblati poena ex lege XII Tabularum tripli est; quae similiter a Praetore servatur* ». Sicchè nella legislazione delle XII Tavole si vuol distinguere tra il furto semplicemente *conceptum*, ed il furto *lance licioque conceptum*. Per non aver fatta questa distinzione, la più parte degli scrittori son caduti in oscure contraddizioni.

Al tempo di Gaio l'antica ricerca solenne per la cintura ed il piattello abrogata dalla legge *Æbutia* non era più in uso, nè per conseguente l'azione *furti lance licioque concepti*. La ricerca si faceva semplicemente in presenza di testimoni, *testibus praesentibus*, come ci dice il nostro testo seguendo Gaio e non rimanea che l'azione *furti concepti*. E però Gaio volendo spiegare, come noi abbiam fatto nell'*Hist. du droit rom.* p 99 le differenti formalità della ricerca solenne, non che spiegarle, le volge piuttosto in derisione (2).

Oblatum furtum. Il frammento di Gaio che abbiam riportato alla pagina precedente, a proposito del furto semplicemente *conceptum* ci prova che l'azione *furti oblati* derivava, come quella, dalle XII Tavole ed era egualmente del triplo.

Prohibiti furti actio. Quest'azione, che era del quadruplo fu introdotta dall'editto del pretore, perciocchè la legge delle XII Tavole non stabiliva alcuna pena a tal riguardo, ma ordinava solamente, in caso di contestazione, la ricerca solenne per *lancem liciumque*. « *Prohibiti actio quadrupli ex edictio Praetoris introducta est; lex autem eo nomine nullam poenam constituit* » (3).

Secundum veterem observationem non fit. La legge *Æbutia*, della quale abbiam fatto parola nell'Hist. *du dr. rom.* (n° 47), fu quella che abolì con le azioni della legge, la perquisizione solenne della legge delle XII Tavole, e per conseguenza l'azione del furto *lance licioque concepti*. (4). Ma le altre azioni di furto continuarono a rimanere in uso, e duravano ancora fino a circa quattro secoli dopo, al tempo di Gaio e di Paolo. Nondimeno anch' esse caddero in dimenticanza, secondo che il testo ci fa intendere.

Furti nec manifesti obnoxii sunt: Tal'è la disposizione d'una costituzione degl'imperatori Diocleziano e Massimiano che si trova nel codice di Giustiniano (5).

V. ***Poena manifesti furti quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona; nec manifesti, dupli.***

5. La pena pel furto manifesto è del quadruplo, così nell'uom libero, come nello schiavo, pel non manifesto, del doppio.

Quando tratteremo delle azioni che na-

---

(1) *Gai 3, 192.* — Aul. Gell. ci dice la medesima cosa. « *Ea furta quae per lancem liciumque concepta essent, proinde ac si manifesta forent vindicaverunt* » (*Noct. Att. XI. 18*).

(2) « *Quid sit autem linteum quaesitum est: sed verius est consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur. Quare lex tota ridicula est; nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est, eo magis quod ita quaesita res inventa majori poenae subjiciatur. Deinde quod lancem sive ideo haberi jubeat ut manibus occupantis nihil subjiciatur, sive ideo, ut quod invenerit ibi imponat, neutrum eorum procedit, se id quod quaeratur ejus magnitudinis aut naturae sit, ut neque subjici, neque ibi imponi possit* (*Gai. 3, 193*). — Festo dava alla formalità del piattello un'altra ragione, la sola che fosse conosciuta prima della scoverta di Gaio, ma molto meno plausibile di quella del giureconsulto: « *Lance et licio dicebatur apud antiquos, quia qui furtum ibat quaerere in domo aliena, licio vinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrum familias, aut virginum praesentiam* ». (Festo alla parola *lanx*).

(3) *Gai. 3, 192.*

(4) *Sed enim cum proletarii et assidui etc. etc.*, furtorumque quaestiones cum lance et licio evanuerint; *omniaque illa XII. Tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviralium causarum*, lege *Æbutia* lata, *consopita sit* » (Aul. Gell. 16, 10).

(5) *C. 6, 2, 14.*

scono dal furto sotto i §§ 13 e seguenti, spiegheremo in che consisteva questa pena del quadruplo, o del doppio contro il furto manifesto, o non manifesto.

VI. *Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed et generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est ea re utatur; sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat quam cujus gratia ei data est, furtum committit. Veluti si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad poenam invitaturus, et id peregre secum tulerit; aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo qui in aciem equum produxisset.*

6. Il furto si fa non solamente quando alcuno muove la cosa d'altri per torla, ma generalmente quando tocca le cose d'altri contro la volontà del padrone. Laonde se il creditore adopra il pegno, o il depositario la cosa depositata, se quegli che ha ricevuto una cosa per usarne, la metta in altro uso oltre quello perchè gli fu data, commette furto; come sarebbe se qualcuno togliesse in prestito dell'argento per farne uso in una cena da dare agli amici, e poscia andando fuor della città se lo portasse con se, o se qualcuno togliendo in prestito un cavallo per portare un carico lo conducesse seco molto lontano: la qual cosa intesero gli antichi di colui che avesse menato il cavallo in battaglia.

VII. *Placuit tamen eos qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intelligant: id invito domino facere, eumque, si intellexisset non permissurum: at si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committatur.*

7. Nondimeno è piaciuto che coloro che usassero le cose altrimente di quello perchè loro furon prestate, commettano furto ogni volta ch'essi sanno che l'operazione fatta da loro sia contro la volontà del padrone di quella tal cosa, e ch'egli non lascerebbe farla, sapendolo; ma se essi credono ch'egli la comporterebbe, pare che siano fuor della colpa. E questa veramente, poicchè non si commette furto senz'animo di furare.

VIII. *Sed et si credat aliquis invito domino se rem commodatam contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quaesitum est: cum Titius servum Maevii sollicitaverit ut quasdam res domino subriperet, et apud eum perferret, et servus id ad Maevium pertulerit; Maevius dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre: utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hac dubitatione suggestum est et antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem praestantibus, quibusdam furti tantummodo; nos hujusmodi calliditati obviam euntes, per nostram decisionem sanximus non solum furti actionem, sed et servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est, et ideo non concurrant regulae, quae servi corrupti actionem introducerent, tamen concilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est; ut sit ei poenalis actio imposita, tamquam si re ipsa fuisset servus corruptus, ne ex hujusmodi impunitate et in alium servum, qui facile possit corrumpi tale facinus a quibusdam perpetretur.*

8. Ma se essi credano di maneggiare la cosa prestata contro la volontà del padrone, e non pertanto ciò si faccia, volendolo egli, si dice che non si fa furto. Laonde, nel caso che Tizio abbia sollecitato lo schiavo di Mevio a rubare alcune cose al suo signore e portarle a lui, e lo schiavo lo abbia detto a Mevio, e questi volendo che Tizio fosse trovato nel delitto abbia permesso allo schiavo che gli portasse alcune cose, si è ricercato se Tizio è tenuto per furto, o per azione di schiavo corrotto, o se non è tenuto nè per l'uno nè per l'altro. Ed essendoci stato proposto questo dubbio, ed avendo considerato la varietà delle opinioni de' prudenti sopra questa materia, dicendo *alcuni che non era da darsi azione nè di furto nè di schiavo corrotto, ed altri, di furto solamente*, noi opponendoci a cosiffatte sottigliezze abbiamo per nostra costituzione comandato che sia data azione contra costui non solamente di furto, ma eziandio di schiavo corrotto. Imperocchè quantunque lo schiavo non sia peggiorato per essere stato sollecitato a rubare, e per questo non concorrano le regole che introducono l'azione dello schiavo corrotto, nondimeno il consiglio del corruttore è stato dato a danno della bontà dello schiavo; di maniera che gli viene imposta l'azion penale non altrimenti che se lo schiavo fosse effettualmente corrotto, acciocchè per l'impunità del corruttore non si commetta cotale scelleratezza in un altro schiavo che fosse più facile a lasciarsi corrompere.

Quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem praestantibus, quibusdam furti tantummodo. L'azione *servi corrupti* era un'azione del doppio, introdotta dall'editto del pretore contro colui che avesse nascoso nella fuga lo schiavo di un altro, o che gli avesse consigliato qualche cosa di pernicioso in modo di sminuirne il valor morale, e per conseguenza anche il valor pecuniario (1).

Nella specie del nostro paragrafo alcuni giureconsulti non ammettevano nè l'azione di furto, perchè la cosa non era stata involata a danno del padrone, avendo egli consentito che essa fosse portata via; nè l'azione *servi corrupti*, perchè lo schia-

(1) « Ait Praetor: *Qui servum servam, alienum alienam recepisse, persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriorem faceret, in eum quanti, ea res erit, in duplum judicium dabo* ». Questeeran la parole dell'editto (*D.* 11, 3, 1 *pr. f. Ulp.*

vo non che esser corrotto, avea dato prova della sua fedeltà. Altri ammettevano l'azione di furto, perchè il consenso del padrone che la cosa fosse portata via non era stato un consenso reale nello scopo di ceder la cosa, ma un consenso simulato per sorprendere il ladro. Giustiniano dà tutte e due le azioni quella di furto, e quella *servi corrupti*, perchè i fatti sono stati consumati per la parte del ladro, per quanto dipendeva da lui (1). Tuttavia l'imperadore riconosce che questa decisione non è conforme a' principii rigorosi del dritto romano.

IX. *Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sit, subreptus fuerit.*

9. Talora si commette furto anche di uomini liberi, come sarebbe se qualcuno avesse rubato uno de' nostri figliuoli, che abbiamo in potestà.

Gaio aggiungeva eziandio l'esempio del caso in cui si fosse tolta al capo di famiglia la sua moglie *in manu*, o l'uomo libero soggetto al suo *mancipium*. In tutti questi casi la pena dell'azione di furto non era misurata sul valore della persona portata via, perchè non si può stimar per somma di danaro una persona libera, ma sull'interesse dal capo di famiglia: « *Furti autem agitur in id quod interest* » dice Teofilo nella sua *Parafrasi*, ed arreca per esempio il caso in cui essendo stato un figliuolo istituito erede sotto questa condizione: *se egli si trovi nella tale città alla morte del testatore*, ed avendolo il ladro menato in un altra città, la condizione non si sia adempiuta, e l'eredità sia perduta; il conto di questa perdita dovrà entrare nella valutazione del danno.

X. *Aliquando et suae rei furtum quisque committit: veluti si debitor rem quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.*

10. Talvolta alcuno commette furto togliendo la sua propria cosa, come sarebbe se il debitore involasse la cosa ch'egli stesso avea data al creditore per pegno.

XI. *Interdum furti tenetur qui ipse furtum non fecit: qualis est is cujus* ope et consilio *furtum factum est qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet, aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eos exciperet; et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam et non data opera ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Maevii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope et consilio ejus quoque furtum admitti videtur qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scalas ut fenestris supponerentur commodaverit, sciens cujus gratia commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.*

11. Talvolta colui che non ha fatto il furto è tenuto di furto, come sarebbe colui per opera e consiglio del quale il furto si è fatto; nel qual numero è posto colui che ha fatto cascar di mano a qualcuno i danari, acciocchè un altro li togliesse, o che ti si è posto dinanzi, acciocchè un altro che tu non vedessi, in quel mezzo ti rubasse, o che ha posto in fuga le tue pecore o i tuoi bovi, acciocchè un altro li prendesse. E gli antichi scrissero questo per colui che avesse posto in fuga l'armento con un panno rosso. Ma se ciò si fosse fatto non per rubare, ma per ischerzo, si dà l'azione *in factum*. All'incontro se Tizio con l'ajuto di Mevio avrà commesso furto, sono amendue tenuti di furto. Pare ancora che si commetta furto con l'aiuto e consiglio di colui il quale pone le scale sotto la finestra, o rompe la finestra o la porta, acciocchè un altro possa rubare, o fornisce altri di ferramenti per rompere, o di scale per porle sotto alle finestre sapendo la cagione perchè impresta siffatte cose. Certamente colui che non pose opera alcuna a rubare, ma consigliò solamente ed esortò che si rubasse, non è tenuto di furto.

Questo paragrafo è relativo a' complici del furto. Essi son tenuti come il rubatore medesimo, dell'azione di furto. Ma per esser complici è mestieri che abbian messo opera al furto *ope et consilio*, queste son le parole consacrate nella lingua del dritto romano. I giureconsulti son divisi sull'interpetrazione da dare a queste parole, il cui senso non è neppur sempre uniforme ne' testi romani. Noi adotteremo quella che le spiega in questo senso che non vi ha complicità se non in quanto si sia cooperato al furto, con l'opera (*ope*), e a disegno, *consilio*: queste due circostanze debbonsi trovar riunite. Quegli che mettesse la sua opera, ma senza disegno di cooperare al furto non sarebbe tenuto dell'azione di furto, ed il medesimo si dovrebbe dire di chi ne avesse il disegno, ma nel fatto non vi cooperasse punto. Gli esempii che il testo ne dà ci possono far bene comprendere l'applicazione di que-

(1) Ma come si valuterà l'indennità per la corruzione dello schiavo, se egli non è stato realmente corrotto? Si valuterà avendo riguardo a quello che sarebbe spettato se lo schiavo fosse stato effettualmente corrotto: *Tamquam si reipsa fuisset servus corruptus.*

ste due condizioni. Quello che Ulpiano cita nel Digesto seguendo Pomponio, non esce dalla regola, ma vi è anzi conforme. Quivi si tratta di alcuno che ha consigliato e persuaso ad uno schiavo di prender la fuga, affinchè un altro potesse rubarlo. Egli sarà tenuto dell'azione di furto, dice il giureconsulto; in fatti egli ha cooperato attivamente, ha dato un ajuto di fatto al furto, giacchè si è adoperato ad allontanare lo schiavo, a farlo fuggire, affinchè potesse esser rubato, e ciò ha fatto a disegno; egli dunque vi ha presa parte *ope et consilio* (1).

XII. *Hi qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiunt, furtum quidem faciunt; et res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest antequam in domini potestatem revertatur; sed furti actio non nascitur, quia* nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. *Si vero ope et consilio alterius furtum committitur, convenienter ille furti tenetur, quia verum est ope et consilio ejus furtum factum esse.*

12. Coloro che sono in potestà de' padri o dei padroni togliendo lor qualche cosa fanno furto, e la cosa tolta è posta in condizione di cosa rubata, e per questo non può essere acquistata mediante l'uso prima che ritorni al suo padrone; ma non nasce azione di furto, poichè *tra loro non può nascere azione di cosa alcuna.* Ma se il furto sarà commesso per opera e consiglio altrui, siccome il furto è intervenuto, questo tale sarà tenuto di furto, perchè è veramente commesso per consiglio e per opera sua.

Nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci: a cagione della potestà alla quale son sottoposti, la quale fa sì che la loro persona in quanto a beni ed agl'interessi si confonda in certa guisa con quella del lor capo di famiglia; e che per conseguente non vi possa esser tra loro veruna sorta di azione. Ma questo si applica esclusivamente alle persone soggette alla potestà del capo: non sarebbe lo stesso pei figliuoli usciti della potestà paterna per emancipazione, o per qualsivoglia altra cagione.

Azioni relative al furto.

Parecchie azioni nascono dal furto: l'azione di furto (*actio furti*); la *condictio furtiva*; oltre l'azione di rivendicazione, e quella *ad exhibendum*, che appartengono al proprietario per ricuperare la sua cosa.

L'azione di furto (*actio furti*) è indipendente da tutte le altre; essa è un'azion penale, cioè che ha unicamente per fine di dare al colpevole una pena pecuniaria, senza pregiudizio della restituzione della cosa rubata, alla quale le altre azioni son dirette.

L'azione di furto si dà pel quadruplo nel caso di furto manifesto, e pel doppio nel caso di furto non manifesto. Noi sappiamo che l'azione del quadruplo è un'azione pretoria introdotta dall'editto; e l'azione del doppio un'azione civile derivante dalla legge delle XII Tavole.

Quel che nell'azione di furto debbesi raddoppiare, o quadruplicare non è il valore materiale della cosa, ma l'indennità del pregiudizio che il furto ha cagionato a colui che intenta l'azione (*quod actoris interfuit*). Se per esempio il ladro ha involato delle tavolette, delle scritture, contenenti ricognizione, o quietanza (*tabulae, cautiones, chirographa* (2); se ha rubata una cosa che uno s'era obbligato di dare ad altri sotto una clausola penale, nella quale si è incorso a cagione del furto (3); se ha rubato uno schiavo ch'era istituito erede, e che pel furto non ha potuto fare adizione per comando del padrone; parimente nel caso che qui sopra abbiam citato (§ IX) relativamente al furto d'un figliuolo, ed in tutti gli altri somiglianti, si dee tener ragione di tutti questi danni nel computo della somma che debb'esser pagata in due o quattro doppi. Del resto la valutazione si fa secondo il valore piu alto nel tempo che segue al furto (4).

I paragrafi che seguono c'insegnano a chi è data l'azione di furto.

XIII. *Furti autem actio* ei competit, cujus interest *rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit rem non perire.*

13. L'azione di furto *compete a colui al quale importa* che la cosa sia salva, quantunque egli non sia padrone della tal cosa; e pertanto non compete nè anco al padrone se non in quanto gl'importa che quella tal cosa non perisca.

Ei competit, cujus interest; donde seguita che l'azione di furto può appartenere a più persone in un tempo medesimo. Se, per esempio, sia stato rubato uno schiavo soggetto ad un dritto di usufrutto, l'usufruttuario ed il proprietario avranno ciascuno l'azione di furto: per due, o per

(1) *D. 47, 5, 6, pr. e § 2.*
(2) *D. 47. 2, 27, pr. f. Ulp.*
(3) *Ivi 67. § 1, f. Cels.*
(4) *Ivi 50, pr. f. Ulp.*

quattro cotanti dell'interesse che aveano, uno di conservar lo schiavo sul quale avea l'usufrutto, e l'altro il suo dritto di nuda proprietà (1); e lo stesso sarebbe in tutti i casi somiglianti. Ma il solo interesse che alcuno abbia, che la cosa non sia rubata non è sufficiente per dare l'azione di furto; si richiede eziandio ch'egli al momento del furto abbia tenuta la cosa nel suo possesso, o almeno tra le sue mani a qualsivoglia titolo. Così quegli al quale la cosa rubata era stata promessa per istipulazione, quegli che l'avea comprata, ma al quale non era stata ancor consegnata, non hanno azione di furto. I giureconsulti danno al compratore, in questo caso, solamente il dritto di farsi cedere dal venditore le azioni che appartengono a lui, o quel che egli n'ha potuto ricavare (2).

I paragrafi che seguono espongono parecchi esempii di diversi detentori che hanno, o non hanno l'azione di furto ad esclusione del proprietario secondo il genere d'interesse e di responsabilità che pesa su di loro. È mestieri per meglio comprendere le disposizioni di questi paragrafi, di richiamare alla mente quel che noi abbiam detto di questi diversi detentori al titolo de' contratti che li riguardano.

XIV. *Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat; quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere; adeo quidem, ut, quamvis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competit actio furti.*

14. Laonde è cosa manifesta che il creditore può intentare azion di furto pel pegno rubato, quantunque egli abbia un debitore che ha modo di pagare; poicchè a lui importa più di ricorrere al suo pegno, che di muover azione contro la persona, e questo è tanto vero che, quantunque il debitore stesso abbia rubato il pegno, nondimeno l'azione di furto compete al creditore.

XV. *Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem non dominus, quia domini nihil interest eam rem, non perire, cum judicio locati a fullone aut sarcinatorem rem suam persequi potest. Sed et bonae fide emptori subrepta re quam emerit, quamvis dominus non sit, omnimodo competit furti actio, quemadmodum et creditori. Fulloni vero et sarcinatori non aliter furti competere placuit, quam si solvendo sint, hoc est domino rei aestimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum dominus consequi non possit, ipsi domino furti competit actio, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Idem est, etsi in partem solvendo sint fullo aut sarcinator.*

15. Similmente se il tintore o il sartore riceverà vestimenta per tignere, o per cucire per una determinata mercede, e queste gli sien rubate, egli ha l'azione di furto e non il padrone, perchè al padrone non importa nulla se quella tal cosa si perde, potendo egli per giudizio di locato ricuperare il suo dal tintore o dal sartore. E non altrimenti che al creditore, compete eziandio l'azion di furto al compratore di buona fede, se gli sia rubata la cosa che avea comprata, quantunque egli non ne sia padrone. E piacque che l'azione di furto competesse al tintore ed al sartore, s'essi hanno il modo di pagare, cioè se possono pagare al padrone della cosa la valuta di essa. Perocchè se non hanno il modo di pagare, allora non potendo il padrone aver le cose sue da loro, ha egli l'azione di furto perchè in questo caso importa a lui che la cosa sia salva. Il medesimo è se il tintore, o il sartore avesse il modo di pagare in parte.

XVI. *Quae de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum cui commodata res est transferenda veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam praestat, ita is quoque qui commodum utendi percipit, similiter necesse habet custodiam praestare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit sive commodati actionem adversus eum qui rem commodatam accepit movere desiderat, sive furti adversus eum qui rem subripuit, et alterutra earum electa, dominum non posse ex poenitentia ad alteram venire actionem. Sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit penitus liberari. Sin autem commodator veniat adversus eum qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem; eum autem qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem; ita tamen, si dominus, sciens rem esse subreptam, adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nescius et dubitans rem esse subreptam, apud eum commodati actionem instituit, postea autem, re comperta, voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire: tunc licentia ei concedatur et adversus furem venire, nullo obstaculo ei opponendo, quoniam incertus constitutus movit adversus eum qui rem utendam accepit commodati actionem, nisi domino ab eo satisfactum est; tunc enim omnimodo furem a domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: cum manifestissimum est, etiam si ab initio dominus actionem commodati instituit, ignarus rem esse subreptam, postea autem hoc ei cognito adversus furem transivit, omnino liberari eum, qui rem commodatam accepit, quemcumque causae exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in partem, sive in solidum solvendo sit is qui rem commodatam accepit.*

16. Gli antichi giudicavano che quel che noi ab-

(1) *D. 46, § 1. Ulp.*

(2) *Ivi 13, f. Paul. — 14, pr. f. Ulp.*

biam detto del tintore e del sartore si potesse anco intender nel caso di colui al quale si fosse prestata ad uso qualche cosa; poichè siccome quel tintore ricevendo mercede deve aver cura della cosa, egualmente dee averla colui che toglie in prestito per usare. Ma la nostra provvidenza ha corretto anche questo nelle decisioni, cioè che sia in libertà del padrone di muovere o l'azione di commodato contro colui che tolse in prestito, o l' azione di furto contro colui che rubò la cosa, ed avendo eletto l' una di queste azioni non possa di poi pentito lasciar l'azione presa e venire a quell' altra, ma eleggendo l' azion contra il ladro, colui che tolse in prestito sia liberato, e se verrà contro questo non possa in modo niuno aver azione contro quello; e colui poi che è citato per la cosa commodata possa aver azione di furto contro il rubatore; purchè però sapendo il padrone che quella tal cosa sia stata rubata, abbia preferito di muovere azione contro colui al quale lo avea prestata. Mentre se non sapendo del furto, e dubitando, abbia deliberato di usar l'azione di comodato, ma venuta di poi a luce la cosa, voglia rimetter l'azione di comodato ed apprendersi all'azione di furto, allora se gli concede licenza che possa venir contro il ladro, non se gli opponendo ostacolo alcuno; perchè nell'incertezza del fatto cominciò il giudizio con colui che avea tolto in prestito: purchè però questi non gli abbia pagato il valor della cosa, nel qual caso il ladro non è tenuto di furto verso il padrone, ma sarà tenuto verso colui che prese in prestanza, e che col suo danaro rifece al padrone il danno della cosa tolta. E parimenti è notissimo a tutti che se il padrone non sapendo che la cosa sia stata rubata abbia deliberato di usar l'azione di comodato, e dopo saputa la cosa, passi all'azione di furto, quegli al quale la cosa fu prestata resta al tutto liberata, qualunque sia la riuscita che l'azione contra il ladro abbia avuta: e questo medesimamente si osserva se chi tolse in prestito ha il modo di pagare in tutto o in parte.

XVII. *Sed is apud quem res deposita est custodiam non praestat; sed tantum in eo obnoxius est si quid ipse dolo malo fecerit. Qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest; sed furti actio domino competit.*

17. Colui presso il quale è stata depositata qualche cosa non è tenuto averne cura, ma risponde solamente del suo dolo. Per la qual cosa se gli sarà stata rubata, siccome egli non è obbligato per titolo di deposito a rendere quella tal cosa e per questo non gl'importa che la cosa sia salva; così non può avere azione di furto, ma questa compete al padrone.

Aggiugniamo, per compiere ciò che riguarda coloro che han diritto all' azione di furto, che quest'azione passa a'loro eredi ed altri successori (1).

Essa si da non solamente contro il ladro, ma come l'abbiam veduto contra colui eziandio che ha cooperato al furto *ope et consilio*. In questo caso ciascun di loro è tenuto separatamente pel tutto, e la pena ch'egli soffre, e che paga, non libera gli altri. Il medesimo è quando vi ha più ladri (2).

Può l'impubere andar soggetto a quest' azione come colpevole di furto? Questa quistione è risoluta dal paragrafo che segue.

XVIII. *In summa sciendum est quaesitum esse an impubes, rem alienam amovendo, furtum faciat? Et placet, quia furtum ex affectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se delinquere.*

18. In somma si ha da sapere che si è ricercato se il fanciullo impubere faccia furto togliendo la cosa d'altri? E, perchè il furto consiste per la volontà che si ha di rubare, piacque che l' impubere allora solamente sia tenuto di furto quando è vicino alla pubertà, e sa di far male rubando.

XIX. *Furti actio sive dupli, sive quadrupli tantum ad poenae persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando, aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autem adversus furem ipsum heredemve ejus, licet non possideat competit.*

19. L'azione di furto sia del doppio, sia del quadruplo è diretta solamente alla pena; poicchè il padrone della cosa può per altra via ricuperar la cosa, chiedendola o con la rivendicazione, o con la *condictio*. Ma la rivendicazione è data contro il possessore o sia il ladro che possegga, o sia chi si voglia; e la *condictio* è data solamente contra il ladro, o il suo erede, quantunque non possegga.

Qui si tratta delle azioni destinate a procurare la restitutione della cosa rubata indipendentemente dalla pena pecuniaria che il ladro ha potuto subire per l'azione di furto. Queste azioni, secondo che dice il testo, appartengono sempre al proprietario della cosa, quantunque altri abbia avuto l'azione *furti*.

Il proprietario può ricuperare la sua cosa o per la rivendicazione (*vindicando*), o per la *condictio* (*condicendo*), o per l'azione *ad exhibendum* se vi ha luogo secondo ciò che abbiamo spiegato V. 1 p. 241 (3).

La rivendicazione, e l'azione *ad exhibendum* son qui soggette alle regole generali di queste azioni; noi sappiamo che esse si esercitano contro ogni possesso-

(1) *D. 47, 1, 1, § 1.*
(2) *Ivi 47, 2, 21, § 9, f. Ulp. — 47, 4, 1, § 19, f. Ulp.*
(3) *D. 13, 1, 7, § 1, f. Ulp.*

re, o contra ogni persona che di mala fede ha cesssato di possedere (*sive fur ipse possidet, sive alius quilibet*).

In quanto alla *condictio*, essa in questo caso è tutta particolare, ed è chiamata *condictio* furtiva (1). Essa è un'azione personale, per la quale il proprietario della cosa rubata sostiene che il ladro è personalmente obbligato a dargli o trasferirgli la sua cosa in proprietà. Quantunque secondo le regole ordinarie la *condictio si paret eum dare oportere* non potessse mai aver luogo nel caso in cui potrebbe aver luogo la rivendicazine, perciocchè vi era condizione tra cotali due domande, siccome più innanzi spiegheremo (2): pure per odio de'ladri si eran comulate insieme la rivendicazione, e la *condictio* (3).

La *condictio furtiva* si dà non contro ogni possessore, come la rivendicazione, ma solamente contro il ladro o i suoi eredi, perciocchè quest' obbligazione personale a differenza dell' azione penale di furto passa contro gli eredi. Quegli che ha cooperato al furto *ope et consilio*, benchè sia tenuto dell'azione penale di furto, non è però tenuto della *condictio furtiva* (4).

Lo scopo della *condictio* è di far condannare personalmente il ladro a restituire la cosa con tutt' i suoi accessorî e dipendenze, ed in difetto di ciò a pagare al proprietario tutt'i danni-interessi (5).

L'azione di furto che è diretta alla pena si cumula con le altre azione che mirano al ricuperamento della cosa, perciocchè esse hanno uno scopo al tutto differente, e le condanne ottenute per l'una non impediscono di esercitare le altre. Ma non è a dire il medesimo di queste ultime tra loro; giacchè se il proprietario mediante una di esse ha ottenuto la restituzione della sua cosa con le sue dipendenze ed accessorî, cessano per questo le altre azioni. Così se la cosa è rientrata nel suo possesso per la rivendicazione, o per l'azione *ad exhibendum*, ovvero se il ladro gliel'ha renduta, cessa la *condictio furtiva* (6); ma la perdita, la distribuzione della cosa anche per caso fortuito non libererebbe il ladro dalla *condictio furtiva* di cui sarebbe sempre tenuto (7).

TITULUS II.

DE VI BONORUM RAPTORUM

Qui res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti: quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? Ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse. Sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine praetor introduxit, quae appellatur VI BONORUM RAPTORUM, *et est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quae actio utilis est*, etiam si quis unam rem licet minimam rapuerit. *Quadruplum autem non totum poena est et extra poenam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset levioris conditionis esse eum qui vi rapit, quam qui clam amovet.*

TITOLO II.

DELL'AZIONE DE' BENI TOLTI PER FORZA

Chiunque rapisce le cose d'altri per forza, è tenuto anco di furto: infatti chi tocca l'altrui cose contra il volere del padrone più di colui che le toglie per forza? E perciò questo tale rettamente si è detto *improbus fur*. Ma nondimeno il pretore ha introdotto contro questo delitto un'azione speciale che è chiamata azione de' beni tolti per forza, e la pena è in quattro doppii fra l'anno, e dopo l'anno in un solo. La qual'azione si applica *quantunque sia stata rapita una cosa di poca importanza*. E i detti quattro doppii non sono in tutto per pena, siccome noi dicemmo nell'azione del furto manifesto, ma s'inchiude in essi la ricuperazione della cosa. Leonde per questo avviene che la pena è in tre doppii: e ciò s'intende o sia il rapitore preso o non preso nel fatto medesimo del delitto. Poicchè sarebbe cosa degna di riso che chi toglie per forza avesse miglior condizione di chi ruba nascostamente.

L'editto del pretore che introduce l'azione della quale si tratta è in questa forma (*Praetor ait*): «*Si cui dolo malo, hominibus coactis damni quid factum esse dicitur, sive cujus bona rapta esse dicentur: in eum, qui id fecisse dicetur, judicium dabo* (8) » Quest'azione promessa dal pretore chiamasi azione de'beni tolti per forza. Essa è un'azione [illegible] quale il testo qui ci esp[illegible] ta a colui che [illegible] quantunque es[illegible] sposizione un' [illegible] in forza della

(1) Ved. nel Dig. il tit. speciale: *13, 1. De condict. furt.*
(2) *Inst. 4, 6, § 14.*
(3) — *Ivi.*
(4) *D. 13, 1, 5, e 6.*
(5) *Ivi 3, f. Paul. e 8, Ulp.* Qui si deve applicare quel che ab[illegible] lativamente a si[illegible]
(6) D. *13, 1,*
(7) *Ivi 7, § 2*
(8) *D. 47, 8,*

(1) D. 13, 1, 5 e 6.
(2) Inst. 4, 6, § 14.
(3) D. 13, 1, 3, f. Paul. e 8, Ulp.
(4) D. 47, 8, 2, SS

TITULUS III.

DE LEGE AQUILIA.

TITOLO III.

DELLA LEGGE AQUILIA.

La legge Aquilia, secondo quel che ne dice Ulpiano, è un plebiscito adottato dai plebei sulla richiesta del tribuno Aquilio, che derogò a tutte le leggi che avean trattato del danno cagionato a torto (*de damno injuria*), tanto a quella delle XII Tavole, quanto alle altre (1). Teofilo nella sua *parafrasi* ne stabilisce l' origine al tempo delle dissensioni tra i patrizii, ed i plebei, e della ritirata di questi ultimi (2), il che si deve intendere della terza ritirata sul monte Gianicolo l'anno 468 di R. (V. *Hist. de dr. Rom.* n.° 30).

La legge Aquilia conteneva trè capi, che noi ordinariamente esamineremo l'un dopo l'altro.

Dammi injuriae actio constituitur per legem Aquiliam : cujus primo capite cautum est, ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

L'azione del danno ingiustamente arrecato è stabilita dalla legge Aquilia il cui primo capo dispone, che colui il quale avrà ingiustamente ucciso uno schiavo o un quadrupede di quelli che sono nel numero del bestiame, appartenente ad altri, sarà condannato a pagare al padrone il maggior valore che la cosa avrà avuto nell'anno.

Un frammento di Gaio nel Digesto ci ha conservato le parole di questo primo capo.

«*Qui servum servamve, alienum alienamve quadrupedem vel pecudem injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuerit tantum aes dare dominio damnatus esto*».

I giureconsulti, ed il nostro testo conformemente ad essi, esaminano successivamente su questo capo della legge Aquilia quali animali sien compresi in quelle frasi: *quadrupedem vel pecudem*; qual genere di danno in queste: *injuria occiderit;* ed infine qual riparazione in queste ultime parole: *quanti in eo anno plurimi fuerit*, cioè l'oggetto, il danno, la riparazione. I particolari che ci dà il testo ne lasciano poco da aggiugere.

(1) *D. 9, 2.* Ad leg. Aquil.
(2) Theoph. § 15 di questo titolo.

I. *Quod autem non praecise de quadrupede, sed de ea tantum quae pecudum numero est, cavetur, eo pertinet ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus ; sed de iis tantum quae gregatim proprie pasci dicuntur : quales sunt equi, muli, asini, boves, oves, caprae. De suibus quoque idem placuit ; nam et sues pecudum appellatione continentur, quia et hi gregatim pascuntur. Sic denique et Homerus in Odyssea sit, sicut Ælius Martianus in suis institutionibus refert :*

Δίφρῳ τόν γε σόεσσι παρήμενον, οἱ δὲ νέμοντο.
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ, Ἀρεθούσῃ.

1. La legge non parla de' quadrupedi in genera. le. ma di quelli solamente che sono nel numero del bestiame ; e però non si applica nè alle bestie salvatiche, nè ai cani, ma solamente a quegli animali, i quali si dice propriamente che pascolano in greggi, come sono i cavalli, i muli, gli asini, le pecore, i buoi, le capre. Il simile piacque che s'intendesse de' porci ; poichè sotto questa voce di bestiame si comprendono anco i porci, essendochè anch'essi pascono in greggi. E così disse Omero nell'Odissea, come riferisce Elio Marziano nelle sue institnzioni.

« Si vedeva seduto guardare i porci : questi erravano a' piedi del sasso di Corace e sulle rive del fonte Aretusa.

II. *Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque* qui latronem occidit *non tenetur : utique si aliter periculum effugere non potest.*

2. Colui s'intende che ammazzi ingiustamente, il quale ammazza *senz'alcun dritto*, Laonde *chi uccide un'assassino* non è tenuto, ogni volta però che egli non possa altrimenti fuggire il pericolo.

Nullo jure: Questa è la sola significazione che quì bisogna dare alla parola *injuria*, cioè senza diritto, contro il diritto (*in jus*): questo è il senso proprio della parola come la sua etimologia ce lo presenta. E però non è necessario a considerare se colui che ha arrecato il danno l'abbia fatto con intenzione o senza intenzione di nuocere; l'intenzione quì non si riguarda per nulla; si dee solo considerare se egli ha operato secondo il suo diritto, o contrariamente al diritto, e per conseguenza in colpa. «*Quod non jure factum est, hoc est contra jus, id est si culpa quis occiderit*» (1). Del resto per lieve che sia la colpa, basta perchè alcuno sia tenuto.

Qui latronem occidit. Il testo ragionevolmente aggiunge, se non v'era altro modo di campar dal pericolo; dacchè, se potendo prendere il ladro, egli abbia pre-

(3) *D. 9, 2, 5, § 1, f. Ulp.*

ferito di ammazzarlo, ha operato contrariamente al diritto (*injuria*), e però va soggetto alla legge Aquilia (1). A questo esempio si possono aggiugnere degli altri così quegli che respinge la forza con la forza non è tenuto; « *vim enim vi difendere omnes leges omniaque jura permittunt* »; ma se lasciando una pietra o un dardo contro l'aggressore, egli colpisce ed ammazza uno schiavo che si trova passando, egli è tenuto per questo; ed il medesimo sarà eziandio s'egli uccide l'aggressore non per la necessità di difendersi, ma per vendetta (2).

Nel caso contrario la colpa sarebbe di chi ha spinta la palla.

III. *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur; nam alioquin non minus ex dolo, quam ex culpa quisque hac lege tenetur.*

3. Neppure è tenuto per questa legge quegli che ammazza a caso, se però non si trovi ch'egli abbia qualche colpa, altrimenti ciascuno è tenuto per questa legge non meno del dolo che della colpa.

IV. *Itaque si quis dum jaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur. Nam si id a milite quidem in campo, eoque ubi solitum est exercitari admissum est, nulla culpa ejus intelligitur: si alius tale quid admiserit, culpae reus est. Idem juris est de milite, si in alio loco quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.*

4. Laonde se alcuno mentre giuoca o si esercita a trar dardi, ammazzi il tuo schiavo che passa, si dee distinguere, se quest' omicidio sia fatto da un soldato iin quel campo ov'egli si suole esercitare, s'intende che l'uccisione sia commessa senza sua colpa; ma se sia commesso da un altro, questi sarà tenuto di colpa. Il medesimo sarebbe eziandio per quel soldato il quale ciò commettesse in un'altro luogo che in quello che è assegnato a' soldati per esercitarsi.

Ulpiano seguendo il Giureconsulto Mela arreca a questo proposito un altro esempio singolare: se giocando alcuni alla palla, questa spinta violentemente da uno di essi venga a colpire la mano d'un barbiere mentre che ella rade la barba ad uno schiavo nel momento che il rasoio è sulla gola, e faccia tagliar la gola allo schiavo a chi si dee dar la colpa? Al barbiere, dice Procolo, se egli si è messo a rader la barba in un luogo destinato ordinariamente al giuoco, o si è esposto in un luogo molto frequentanto; tranne se si possa dire che lo schiavo medesimo abbia voluto farsi rader la barba in quel luogo pericoloso.

V. *Item si putator ex arbore dejecto ramo, servum tuum transeuntem occiderit: si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque praeclamavit, ut casus evitari possit, culpae reus est. Si praeclamavit, nec ille curavit cavere, extra culpam est putator. Æque extra culpam esse intelligitur, si seorsum a via forte, vel in medio fundo caedebat, licet non praeclamavit, quia eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.*

5. Similmente se un portatore gettando un ramo da un albero ammazzerà il tuo schiavo che passa, se questo sarà avvenuto presso alla via pubblica o vicinale, e non avrà gridato acciocchè chi passava si potesse guardare, è reo di colpa. Ma se egli avrà gridato, e colui che passava non si sarà curato di guardarsi, il potatore è fuori di colpa. E s' intende che sia egualmente fuori di colpa s' egli potava lontano dalla via, o in mezzo del podere, perchè niuna persona estranea avea diritto di bazzicare in quel luogo.

VI. *Praeterea si medicus qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpae reus est.*

6. Inoltre se il medico dopo aver dato un taglio al tuo schiavo avrà lasciata la cura, e per questo lo schiavo sia morto, é tenuto di colpa.

VII. *Imperitia quoque culpae annumeratur; veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.*

7. L'ignoranza parimente s'imputa a colpa, come sarebbe, se il medico avesse ammazzato il tuo schiavo, perchè fece male il taglio, o gli dette medicina contraria.

VIII. *Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpae reus est mulio. Sed et si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, cum alius firmior retinere potuisset, aeque culpae tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque qui cum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.*

8. Se il tuo schiavo sarà morto per impeto dei muli, i quali non abbiano potuto esser ritenuti dal mulattiere per la sua imperizia, il mulattiere è colpevole: se non li avesse potuto ritenere per debolezza, ma un altro più robusto l' avrebbe potuto, è parimente tenuto di colpa. Il medesimo piacque che s'intendesse di colui che cavalcavando, o per debolezza, o per imperizia non avesse potuto ritener l'impeto del cavallo.

IX. *His autem verbis legis: Quanti in eo anno*

(1) *Ivi 5 pr.*

(2) *Ivi 45 § 4, f. Paul.*

PLURIMI FUERIT *illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum qui hodie claudus aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti is hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Qua ratione creditum est poenalem esse hujus legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat in haeredes eam actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis aestimaretur.*

9. Per quelle parole della legge: IL MAGGIOR VALORE CHE LA COSA EBBE NELL'ANNO, s'intende, che, se alcuno ammazzerà il tuo schiavo, il quale sarà oggi zoppo, o monco, e che in quell'anno sia stato intero e sano, non sia tenuto di tanto quanto oggi vale, ma del maggior valore che ebbe in quell'anno. Per la qual ragione si è creduto, che l'azione di questa legge sia penale, poichè l'uomo non solamente è tenuto di quanto danno egli ha dato, ma di più ancora. E per questo è manifesto che siffatta azione non passa all'erede, la quale passerebbe, se la condanna non potesse mai oltrepassare il danno.

Quì si tratta dell'anno *prima* della perdita della cosa, mentre nel furto, e nella rapina la stima si fa sul più alto valore *dopo* il delitto. In questo ultimo caso si ha la vera stima del danno, perchè la cosa avrebbe potuto avere il medesimo valore nelle mani di colui al quale fu rubata. Ma nel primo, noi intendiamo dal testo che la stima può oltrepassare il vero danno; ed in ciò sta la pena.

X. *Illud* non ex verbis legis, sed ex interpetratione *placuit non solum perempti corporis aestimationem habendam esse, secundum ea quae diximus; sed eo amplius quidquid praeterea perempto eo corpore damni vobis allatum fuerit: veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum antea quis occiderit, quam jussu tuo adiret; nam hereditatis quoque amissae rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comoedis unus servus fuerit occisus, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur,* quanti depretiati sunt qui supersunt.

10. Piacque poi *non per le parole, ma per l'interpetrazione della legge* che non solamente si stimasse il corpo morto, secondo quel che abbiam detto di sopra, ma di più tutto l'altro danno che per la morte di quel corpo vi fosse arrecato, come sarebbe, se qualcuno uccidesse il tuo schiavo istituito erede da qualcuno, e l'uccidesse innanzi che avesse accettato per tuo comando l'eredità, perchè in questo caso è chiaro che si dee avere in considerazione il danno dell'eredità perduta. Parimente se qualcuno ammazzerà un mulo d'un paio, o uno dei cavalli d'una quadriga, o uno degli schiavi che recitava in commedia, non solamente si stima l'ucciso, ma di più si fa il conto di ciò che vale di meno quello che resta.

Non ex verbis legis, sed ex interpetratione. Si noti bene che la regola, per la quale quì non altrimente che nel furto si deve aver ragione non solamente del valor materiale della cosa, ma eziandio del suo valore relativo e degli accessorii che possono aumentarlo, non si trova nel testo della legge Aquilia ma viene dall'interpetrazione de'prudenti.

Quanti depretiati sunt qui supersunt. In conseguenza si stimerà quel che valevano per innanzi, quando eran tutti riuniti; quel che valgono quei che rimangono: e la differenza sarà la stima del danno cagionato da questa perdita.

XI. *Liberum est autem ei cujus servus occisus fuerit, et judicio privato legis Aquiliae damnum persequi, et capitalis criminis reum facere.*

11. Del resto colui al quale è stato ucciso lo schiavo ha libertà di farsi rifar il danno per giudizio privato della legge Aquilia, o d'intentare contro l'uccisore un'azione di delitto capitale.

Sicchè non si vuol credere che l'uccisore d'uno schiavo fosse punito appo i Romani con una semplice riparazione pecuniaria, come l'uccisore di una bestia da soma. L'azione della legge *Aquilia* era relativa solamente alla rifazione del danno, ma il padrone aveva contro l'uccisore anche l'accusa criminale della legge *Cornelia*, la quale punisce l'omicidio di pena pubblica. E si noti che intentando la prima non facevasi impedimento all'altra(1). « *Ex morte ancillae, quam caesam conquestus est, tam legis Aquiliae damni sarciendi gratia actionem, quam criminalem accusationem adversus obnoxium competere tibi posse non ambigitur,* » ha detto in un rescritto l'Imperadore Gordiano (2).

XII. *Caput secundum legis Aquiliae in usu non est.*

12. Il secondo capo della legge Aquilia non è in uso.

Questo secondo capo, che era rimasto ignoto fino a' nostri giorni, e sul quale gl'interpetri aveano fatto delle inutili congetture, ci è stato rivelato per la scoperta del manoscritto di Gaio. Esso stabiliva contro l'*adstipulator* che avesse liberato il debitore per via dell'accettilazione, ed

(1) *D. 9, 2, 23, § 9, f. Ulp.*

(2) *C. 5, 55, 5.*

estinto per tal modo il credito in frode dello stipulante, un'azione per tutto il valore del danno (*quanti ea res esset*) (1). Noi abbiam veduto (sop.p. 132) che cosa era l'*adstipulator*, e che cosa era l'accettilazione (sop p.215); quindi possiamo comprendere come l'*adstipulator* avea il potere di distruggere, di estinguere il credito in danno dello stipulatore, al quale quel tal credito realmente apparteneva. La riparazione di questa perdita era appunto l'oggetto del secondo capo della legge Aquilia. Sicchè pel primo capo la legge avea fatto riparare il danno cagionato ingiustamente per la morte, per la distruzione degli schiavi, o degli animali più utili, quelli cioè che pascolano in greggi; pel secondo capo avea preveduto la distruzione de'diritti di credito di un uso più frequente, quelli cioè di stipulazione. Il primo capo era relativo alla perdita intera di certe cose corporali; il secondo alla perdita intera di certe cose incorporali. Noi vedremo, pel terzo capo, che esso dava compimento a queste disposizioni, occupandosi della perdita di oggetti diversi da quelli già preveduti dai capi precedenti, o delle lesioni, e de' deterioramenti arrecati agli uni o agli altri.

Del resto indipendentemente dall'azione della legge Aquilia lo stipulante non sarebbe rimasto disarmato contro l'*adstipulator* che avesse distrutto il credito in frode de'suoi diritti. Egli avrebbe avuto contro di lui l'azione di mandato (*actio mandati*), perciocchè era stato infedele al suo mandato, e quest'azione sarebbe stata sufficiente, ci dice Gaio, ad ottenere lo scopo, se non che l'azione della legge Aquilia offriva, come vedremo, un vantaggio di più per prevenire, o per punire le contestazioni da parte di colui che vi era soggetto (2).

Ma essendo andato in dimenticanza l'uso degli *adstipulatores*, ed avendolo Giustiniano renduto in tutto inutile, il secondo capo della legge Aquilia dovè nel medesimo tempo cader anch'esso in disuso.

XIII. *Capite tertio de omni caetero damno cavetur. Itaque, si quis servum vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est vulneraverit; sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam vulneraverit, aut occiderit, hoc capite actio constituitur. In caeteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent damnum injuria datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur: quamquam poluerit soli rupti appellatio in omnes istas causas sufficere: ruptum enim intelligitur quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum usta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa, et quoquo modo perempta atque deteriora facta hoc verbo continentur. Denique responsum est si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit, quo naturalis bonitas vini vel olei corrumperetur, ex hac parte legis eum teneri.*

13. Nel terzo capo si provvede per ogni altro danno. Laonde se alcuno ferirà lo schiavo, o quell' animale che è nel numero del bestiame, ovvero ferirà o ucciderà quell' animale che non è nel numero del bestiame, come sarebbe un cane, o una bestia salvatica, si ha azione per questo capo. E parimente in tutti gli altri animali, ed in tutte le cose che non hanno anima si ricupera per questa parte il danno ingiustamente arrecato poichè se sarà bruciata, o rotta, o fracassata qualche cosa, si ha azione per questo capo: quantunque bastasse questa sola voce rotto a dimostrare ogni altra specie di danno, giacchè s' intende esser rotto ciò che è in qualunque modo guasto. Laonde sotto questa parola si contiene non solamente quel ch'è abbruciato e fracassato, ma anco quel ch' è diviso, e rovinato e sparso, ed in qualunque altro modo guasto o peggiorato. Finalmente si è risposto che se alcuno avrà mischiato qualche cosa nel vino o nell'olio, acciocchè la bontà naturale del vino o dell'olio si corrompesse, è tenuto per questa parte della legge Aquilia.

Ecco le parole di questo terzo capo, le quali ci sono state conservate da un frammento di Ulpiano messo nel Digesto: « *Caeterarum rerum praeter hominem et* « *pecudem occisos, si quis alteri damnum* « *fecit, quod usserit, fregerit, ruperit in-* « *juria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare* « *damnatus esto* ».

XIV. *Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur si dolo aut culpa ejus homo, aut quadrupes occisus, occisave fuerit, ita ex hoc capite* ex dolo aut culpa *de caetero damno quemque teneri. Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is qui damnum dederit.*

14. Ed è manifesto che siccome pel primo capo ciascuno è tenuto se per sua colpa, o dolo sarà ammazzato l'uomo, o l'animale, così per questo capo per ogni altro danno ciascuno è parimente *tenuto del dolo e della colpa*. Nondimeno per questo capo colui che ha dato il danno é obbligato non per quanto la cosa valse in quell'anno, ma per quanto valse negli ultimi trenta giorni.

Ex dolo aut culpa. In fatti il terzo capo riproduce le dizioni del primo, *injuria*; è necessario sempre che il danno sia stato arrecato ingiustamente. Ma se alcu-

(1) *Gai, 3, § 215.*

(2) Qui appresso Inst. *lib. 4, tit. 16, § 1.*

no ha operato senza colpa e conformemente al diritto, non è tenuto: tal' è per es. il caso di colui che per arrestare l'incendio abbatte i muri della casa vicina(1), o de'marinai che quando la nave sospinta da impetuosi venti si è inviluppata nelle gomene d'un'altra nave, tagliano le gomene, se però non vi ha altro mezzo di uscire dal pericolo (2).

animale del gregge che questo si fosse precipitato, o se avesse persuaso l'altrui schiavo che montasse sull'albero, o discendesse nel pozzo, e questi montando, o discendendo si fosse morto, o offeso in qualche parte del corpo, in questi casi si dà l'azione utile. Ma se qualcuno avrà gettato l'altrui schiavo o dal ponte o dalla riva nel fiume, sicch'egli si sia affogato, non vi ha dubbio ch'egli abbia fatto danno col suo corpo per la ragione ch'egli lo gettò, e però è tenuto per la legge Aquilia. Ma se il danno non sia fatto col corpo, nè alcun corpo sia stato offeso, ma per qualche altro modo si sia recato danno a qualcuno, non essendo bastante nè l'azione diretta, nè l'utile della legge Aquilia, piacque che colui che produsse danno sia tenuto per azione *in factum*, come sarebbe se alcuno preso da compassione dell' altrui schiavo lo avesse sciolto dalle catene, acciocchè egli fuggisse.

XV. *At ne* PLURIMI *quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit perinde habendam aestimationem, ac si etiam hac parte* PLURIMI *verbum adjectum fuisset; nam plebem romanam, quae Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse quod prima parte eo verbo usa esset.*

15. La parola *plurimi* (*la più grande*) non si trova qui aggiunta. Ma piacque a Sabino che si giudicasse non altrimenti che si fosse aggiunta anche in questa parte la parola *plurimi*: poicchè la plebe romana che fece questa legge a richiesta di Aquilio tribuno si contentò che quella parola fosse usata nella prima parte.

In fatti la sola lettura del testo della legge che abbiam trascritto dimostra evidentemente che la parola PLURIMI vi è sottintesa.

XVI. *Caeterum placuit ita demum directam ex hac lege actionem esse* si quis praecipue corpore suo damnum dederit; *ideoque in eum qui alio modo damnum dederit utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur; aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur; aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur; aut si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet et is ascendendo vel descendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis laesus fuerit, utilis actio in eum datur. Sed si quis alienum servum de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi poterit: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigerit; cum non sufficiat neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri, veluti, si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit ut fugeret.*

16. Piacque del rimanente che allora per questa legge si avesse l'azion diretta, *quando alcuno col suo proprio corpo arrecasse danno*. E però contro colui che avrà recato danno in altro modo sogliono esser date utili azioni. Così se alcuno avesse rinchiuso l'altrui schiavo o l'animale in così fatta maniera che si fosse morto di fame, o se avesse sì velocemente cavalcato che il cavallo fosse crepato, o se avesse sì stranamente perseguitato un

Per rispetto al danno ingiustamente arrecato si debbono ben distinguere le tre differenti azioni, di cui qui ci parla il testo: 1.° l'azione diretta della legge Aquilia detta anche puramente e semplicemente l'azione della legge Aquilia; 2.° l'azione utile (*utilis Aquiliae*); 3.° in fine l'azione *in factum*.

Per esservi luogo all'azione diretta della legge Aquilia, cioè a quella che vien direttamente dalla legge, che discende dal suo medesimo testo, è mestieri, per servirci delle frasi de' giureconsulti, che il danno sia stato fatto *corpore*, *et corpori*. *Corpore* cioè, secondo il nostro testo medesimo: *si quis praecipue corpore suo damnum dederit*, se alcuno abbia cagionato corporalmente il danno, se l'abbia fatto col suo proprio corpo, se il suo proprio corpo ne sia stato lo strumento o percotendo la persona o la cosa con le sue mani, coi suoi piedi, o con qualsivoglia altra parte del corpo; o dirigendo contro di essa la spada, il dardo, l'arma o uno strumento qualunque che l'ha danneggiata(3). Ma se egli abbia prodotto solamente l'occasione, la causa della morte o del danno, senza produrre da se stesso corporalmente il danno (*si causam mortis praestiterit*; *causam mortis praebuit*); in questo caso non si è più ne'termini diretti della legge; non vi ha più luogo all'azione diretta. Gli esempi arrecati dal testo fan comprendere a sufficienza questa distinzione, nella quale, a dir vero, vi è più di sottigliezza, che di buone ragioni. Di più si richiede che il danno sia stato arrecato ad un corpo *corpori*; cioè secondo che dice il nostro testo: *si corpus laesum fuerit*, è mestieri che un corpo sia stato offeso, distrutto, o dan-

(1) *D. 9, 2, 49, § 1, f. Ulp.* Secondo Celso.
(2) *Ivi 29,, § 5, f. Ulp.* Secondo Labeone.
(3) *D. 9, 2, 7, § 1, f. Ulp. — 9, pr. e § 1. — 11, § 5. — 29, § 2.*

neggiato. Se si è nociuto ad alcuno senza distruggere o danneggiare alcuna persona, o alcuna cosa ad essa appartenente, per esempio se si è sciolto il suo schiavo incatenato, affinchè potesse fuggire, la qual cosa non ha per nulla offeso o danneggiato il corpo di questo schiavo, e nondimeno ne ha privato il padrone, neppure vi è luogo all' azione diretta della legge Aquilia.

Nel primo di questi due casi, cioè quando alcuno ha prodotto la causa del danno, senza produrre corporalmente il danno medesimo, la distinzione è più sottile, che ben fondata. E però i giureconsulti con tutto che convenissero che non si era ne'termini diretti della legge Aquilia, davano per questo caso l'azione utile, cioè introdotta per interpetrazione ad esempio di quella della legge, e che procurava i medesimi risultamenti.

Nel secondo caso, cioè allorchè non si è distrutto, guastato, o danneggiato alcun corpo, si è veramente fuori dello spirito, e de' termini della legge Aquilia, non si ha più nè direttamente nè indirettamente quella specie di danno che questa legge ha voluto prevedere. Allora, se il fatto non si può ridurre ad alcuno di quelli che sono stati preveduti, e puniti per un' azione speciale, come quella di furto, di corruzione di schiavo, o altre, si dà l'azione generale *in factum*, la quale supplia, come più innanzi vedremo, spiegando il carattere di questa forma particolare d'azione, ai casi impreveduti ne'quali non vi era azione particolare con proprio nome (1).

L' azione diretta della legge Aquilia si dà al proprietario della cosa distrutta o danneggiata (2). Ma il possessore di buona fede, l'usufruttuario, il creditore con pegno possono ottenere l'azione utile (3).

Se il danno è stato recato corporalmente da più persone di concerto, tutte son tenute della legge Aquilia, e la condanna subita da uno non libera gli altri, perchè l'azione è penale (4). Per la medesima ragione quest' azione non passa contro gli eredi, i quali son solamente tenuti fino alla concorrenza di quanto possono per tal danno trovarsi arricchiti (5).

Essa ha questo di particolare, che in caso di negazione e di contestazione da parte del colpevole, la condanna si raddoppia contro di lui, ai termini della legge Aquilia: « *adversus inficiantem in duplum actio est* (6) ».

Infine può avvenire che indipendentemente dall' azione della legge Aquilia, il proprietario della cosa abbia contro colui che l'ha danneggiato qualche altra azione derivante, per es., da un contratto civile, come l'azione di pegno, di deposito, di comodato, di locazione, di società, se quegli che ha danneggiato la cosa è un creditore con pegno, un depositario. In questo caso il proprietario ha la facoltà di scegliere tra le azioni che gli sono aperte; ma la scelta di una porta rinunzia dell'altra (7). Nondimeno egli potrà, non ostante la scelta dell'azione civile, valersi ancora dell' azione della legge Aquilia, per il di più che quest' azione conteneva (8).

TITULUS IV.

DE INIURIIS

Generaliter injuria dicitur omne quod non jure fit. Specialiter, alias contumelia quae a contemnendo dicta est, quam Graeci ὕβριν appellant; alias culpa, quam Graeci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuriae *accipitur, alias iniquitas et injustitia quam Graeci ἀδικίαν vocant. Cum enim praetor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.*

TITOLO IV.

DELLE INGIURIE

Si chiama generalmente ingiuria tutto quel che è fatto contro il diritto; ma particolarmente talvolta dinota la contumelia che viene da *contemno* ed i Greci dicono ὕβριν; talvolta la colpa detta da' Greci ἀδίκημα, come nella legge Aquilia quando si dice danno ar recato *injuria*; talvolta l' iniquità e l' ingiustizia da'Greci nominata ἀδικίαν. In fatti quando il Pretore o il Giudice pronunzia ingiusta sentenza contro qualcuno, questi si dice aver ricevuto *injuriam*.

Si ponga mente alle diverse significazioni della parola *injuria*. Da prima il senso proprio e generale: tutto ciò che è con-

(1) Ved. più appresso tit. 6, paragrafo consacrato alle azioni *in jus*, o *in factum*, ciò che diremo di quest'azione *in factum*, o dell'azione utile della legge *Aquilia*, la quale è detta *actio utilis in factum ex lege Aquilia*, ed alcune volte solamente *actio in factum*.

(2) *D. 9, 2, 11*, §§ *6, e 9, f. Ulp.*

(3) *Ivi* §§ *8, e 10.*

(4) *Ivi* § *2.*

(5) *Ivi 23*, § *8.*

(6) *Ivi 2* § *1, f. Gai.*

(7) *D. 9, 2, 7*, § *8.; 18; e 27* § *11.*

(8) *D. 44, 7, 34*, § *2, f. Paul.*

trario al diritto, *omne quod non jure fit*. Inoltre alcune significazioni particolari: 1.° la colpa che arreca danno ad altri, come nella legge Aquilia; 2.° l'ingiustizia, l'iniquità del giudice che pronunzia contrariamente al diritto; 3.° in fine, l'oltraggio la contumelia (*contumelia* dal verbo *contemnere* dispregiare, oltraggiare). In questo senso speciale è adoperata questa parola nella nostra lingua, e nell'azione d'ingiuria, di cui quì si tratta.

1. *Injuria autem committitur non solum cum quis pugno pulsatus aut fustibus caesus, vel etiam verberatus erit; sed et si cui convitium factum fuerit, sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo qui intelligebat nihil eum sibi debere; vel si quis ad infamiam alicujus libellum, aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit quo quid eorum fieret; sive quis matrem familias aut praetextatum, praetextatamve adsectatus fuerit; sive cujus pudicitia attentata esse dicetur; et denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.*

1. Si commette poi l'ingiuria non solamente quando si percuote alcuno con pugni, o si batte con frusta, ma anche, quando *si svillaneggia con parole*, o quando qualcuno sapendo che non se gli deve nulla, entra in possesso de' beni altrui come creditore, o quando alcuno scrive, compone, o dà in luce qualche libello famoso, o versi, ovvero opera maliziosamente che altri faccia cotali cose, o quando taluno si fa a eseguire una madre di famiglia, un fanciullo, o una fanciulla, attenta al pudore altrui; ed infine in molti altri modi.

L'ingiuria, dice Labeone, può aver luogo o per fatti o per parole (*aut re, aut verbis*) (1). Agli esempi arrecati nel testo se ne potrebbero aggiugnere molti altri che s'incontrano ne'frammenti de'diversi giureconsulti; per es. se sapendo che un uomo è libero si arresti trattandolo da schiavo fuggitivo (2). Se nello scopo di far cadere l'infamia sopra uomini che si conosce esser liberi, alcuno li dica schiavi (3), o li richiami in servitù (4); se per cagione di insulto alcuno interpelli una persona come suo debitore quantunque non debba nulla (5); se nel medesimo scopo la citi innanzi un tribunale) (6); se mediante qualche medicina o droga, o in qualunque altra maniera si faccia uscir di mente alcuno (*mentem alicujus alienaverit*)(7); se s'impedisca alcuno di usare di una cosa pubblica o comune: per es. di passeggiare, di pescare in mare, di passar per la via, di sedersi, di conversare nella pubblica piazza (8); se s'insulti un cadavere, un convoglio funebre (9); se si rompa o guasti la statua di vostro padre posta sul suo monumento (10); e molti altri esempii ancora.

Ma in tutti questi casi non vi è mai ingiuria senza intenzione, senza volontà di oltraggiare, di ingiuriare: *cum enim injuria ex affectu facientis consistat* (11); e niuno può commettere ingiuria senza sapere ch'egli la commette: « *injuriam potest facere nemo, nisi qui scit se injuriam facere* » (12). Per esempio, se io vi percuoto in un giuoco, o in un combattimento: se percuoto un uomo libero credendolo mio schiavo; se il pugno che ho tirato contro il mio schiavo viene a colpir voi che vi trovate accanto a lui, non vi è ingiuria (13). Di quì si conchiude che il pazzo, il furioso, l'impubere che non è ancora *doli capax* non possono far ingiuria, quantunque possano patirla, dal perchè acciò alcuno sia ingiuriato, non è necessario che abbia potuto sentir l'ingiuria (*Pati quis injuriam, etiamsi non sentiat*, potest) (14).

Ora rimane a dare alcune spiegazioni sopra certe frasi del nostro testo.

Convitium factum fuerit. Quì s'intendono le ingiurie pubbliche, clamori coi quali uno ad alta voce inveisce contro alcuno, in guisa da cagionare uno scandalo pubblico, e da far accorrere intorno a lui la moltitudine « *Convitium autem dicitur vel a concitatione, vel a conventu, hoc est a collatione vocum* » (15). Il che può aver luogo ancora contro un assente, per esempio se alcuno fa accorrere la moltitudine intorno alla casa di lui pel baccano e per lo schiamazzo che fa contro di lui (16). Poco importa se le grida ingiuriose sien fatte da uno, o da più: se sien fatte in modo da far accorere la moltitudine vi ha *convitium*; ma

(1) *D. 47, 10, 1, 7.*
(2) *Ivi 22, f. Upl.*
(3) *L. 9, 55, 9.*
(4) *D. 47, 10, 11, § 9, f. Ulp.; e 12, f. Gai.*
(5) *Ivi 15, § 55.*
(6) *Ivi 15, § 5.*
(7) *Ivi 15, pr.*
(8) *Ivi 13, § 7.*
(9) *Ivi 1, §§ 4, e 6.*
(10) *Ivi 27.*
(11) *Ivi 5, § 1.*
(12) *Ivi § 2.*
(13) *D. 47, 10, 5, §§ 5, e 4, f. Ulp. — 4. f. Paul.*
(14) *Ivi 5, §§ 1, e 2.*
(15) *Ivi 1, § 1. — 15, § 7, f. Ulp* Tale è anche la spiegazione di Teofilo nella sua *Parafrasi*. Ved. Paul. *Sent. 5. 4, § 21.*
(16) *Ivi 15, § 11.*

da questo caso in fuori le ingiurie verbali non van comprese sotto questa denominazione.

Matrem familias: Il che significa ogni donna di onesti costumi (*eam quae non inhoneste vixit*; *matrem enim familias a caeteris foeminis mores discernunt atque separant*); maritata o vedova, ingenua o libertina (1).

Praetextatum, praetextatam Il fanciullo o la fanciulla che indossano tuttavia la toga pretesta, la quale ordinariamente non si lasciava prima della pubertà.

Adsectatus fuerit. Ulpiano ci spiega il senso di queste parole. *Adsectatur qui tacitus frequenter sequitur*, colui che si da a seguire assiduamente i passi di una persona, anche in silenzio, *assidua enim frequentia quasi praebet nonnullam infamiam* (2). Egli sarebbe eziandio esposto all'azione d'ingiurie se avesse chiamate delle vergini (*si quis virgines appellasset*); cioè invitate, sollecitate alla libidine con seducenti parole: « *Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam adtentare* » (3); o le avesse sviate dalla persona incaricata di accompagnarle (*vel eis comitem abduxit* (4) Egli è da notare che se alcune donne uscivano indossando delle vesti di schiavi o di persone di disonesta vita, quegli che avesse fatto loro somiglianti ingiurie sarebbe stato considerato assai meno colpevole (*minus peccare videtur*) (5).

Pudicitia attentata frase di cui Paolo definisce il senso: « *Adtentari pudicitia dicitur, cum id agitur ut ex pudico impudicus fiat* » (6).

II. *Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos, in potestate habet; item per uxorem suam, id enim magis praevaluit. Itaque si filiae alicujus quae Titio nupta est injuriam feceris, non solum filiae nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque, et mariti nomine. Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est. Sed et socer nurus nomine cujus vir in ejus potestate est injuriarum agere potest.*

2. L'uomo patisce ingiuria non solamente per se medesimo, ma eziandio per mezzo de' suoi discendenti, i quali egli ha in potestà, e similmente per mezzo della moglie, e questo piacque più, quantunque alcuni avessero altra opinione. Laonde se tu avrai fatto ingiuria alla figliuola di qualcuno ch'era maritata a Tizio, non solamente ella, ma il padre ed il marito hanno azione contro di te. Ma se per contrario il marito è ingiuriato, la moglie non ha azione d'ingiuria; perchè egli è cosa onesta che le mogli sien difese da' mariti, e non i mariti dalle mogli. Il suocero parimente ha azione d'ingiuria *per conto della nuora, il cui marito sia in sua potestà.*

Ulpiano riassume i principî di questo paragrafo nelle seguenti parole: « *Aut per semetipsum alicui fit injuria, aut per alias personas. Per semet, cum directo ipsi; per alias, cum per consequentias fit; cum fit liberis meis, vel servis meis, vel uxori, nuruive: spectat enim ad nos injuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae, vel affectui subjecti sunt* » (7).

Si vuol notare che rispetto ai figliuoli, l'ingiuria che loro è fatta, si reputa fatta eziandio al padre sol quando sono tuttora in podestà di lui, ma se si tratti di figliuoli liberati dalla potestà paterna, come sarebbe di figliuoli emancipati, l'ingiuria che loro venga fatta è estranea al padre.

Rispetto alla moglie *uxor* non è a dire il medesimo: in fatti non è necessario che ella sia *in manu viri* perchè il marito si trovi personalmente offeso dall'ingiuria che vien fatta. Il diritto naturale del marito, e l'obbligazione ch'egli ha di proteggere la moglie bastano per identificarlo con lei, e per fargli risentir qualunque ingiuria che a lei si faccia, quantunque egli per avventura non l'abbia in sua proprietà (*in manu*). Questa è l'opinione che ha prevaluto (*id enim magis praevaluit*) (8). E questo diritto si estendeva eziandio al fidanzato per le ingiurie fatte alla sua fidanzata (9).

Si noti bene che in tutti questi casi in cui una persona si trova ingiuriata per l'ingiuria fatta ad altri, le ingiurie e le azioni non si confondono tra loro, ma vi son tante ingiurie, ed altrettante azioni differenti, quante sono le persone ingiuriate. Così per l'ingiuria fatta al figliuol di famiglia si avranno due azioni: una a nome del figliuolo che è stato direttamente ingiuriato (*filii nomine*); l'altra a nome del padre che è stato ingiuriato nella persona del figliuolo (*patris nomine*). Il medesimo è nel caso d'ingiuria fatta ad una donna maritata senza cader però *in manu viri*, e

(1) *D. 50, 16, 46, § 1, f. Ulp.*
(2) *D. 47, 10, 15, § 22.*
(3) *Ivi. §§ 15, e 20.*
(4) *Ivi §§ 15, a 19.*
(5) *Ivi § 15.*
(6) *D. 47, 10. f. Paul.*
(7) *Ivi 1, § 5.*
(8) *V. Gai, 5, §§ 221 e 222.*
(9) *D. 47, 10, 15, § 24, f. Ulp.*

per conseguente senza uscir dalla potestà paterna; in questo caso vi son tre persone ingiuriate: la donna, il padre capo di famiglia, ed il marito, e per conseguente tre differenti azioni.

Socer, nurus nomine, cujus vir in ejus potestate est. In questo caso particolare vi sono quattro persone ingiuriate: la donna, il padre capo di famiglia, il marito, ed il suocero capo di famiglia di quest'ultimo, il quale per essere stato ingiuriato il suo figliuol di famiglia trovasi anch'egli ingiuriato.

Quantunque queste azioni d'ingiuria sieno distinte e separate, pure la medesima persona è spesso incaricata di esercitarne più d'una. Così siccome i figliuoli di famiglia non possono per ordinario agire da se medesimi in giudizio, così spetta al padre di esercitare le due azioni: una a suo nome, l'altra a nome del figliuolo. « *Pater cujus filio facta est injuria, non est impediendus, quominus duobus judiciis, et suam injuriam persequatur, et filii* » (1).

Non per tanto talune volte in certi casi eccezionali, il pretore permette ai figliuoli di famiglia di esercitare da se medesimi le azioni d'ingiuria che loro competono: per esempio, se quegli nel cui potere si trovano si trovi assente e senza procuratore (2).

Queste azioni sono siffattamente distinte, che quantunque si tratti del medesimo fatto ingiurioso, la stima della condanna non debb'essere la medesima in tutte. In fatti noi vedremo che questa stima dee fondarsi sulla considerazione, sulla dignità della persona offesa: essa dunque potrà esser differente riguardo al figliuolo, al padre, alla moglie, o al marito. « *Cum utrique tam filio quam patri, adquisita actio sit: non eadem utique facienda aestimatio est; cum possit propter filii dignitatem, major ipsi, quam patri injuria facta esse* » (3).

III. *Servis autem ipsis quidem* nulla injuria fieri intelligitur, *sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos et uxores, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit, et quod aperte ad contumeliam domini respicit, veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit, et in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit.*

2. Agli schiavi *non si fa ingiuria*, ma par ch'essa venga fatta a' padroni per mezzo loro, non però per quei modi medesimi per i quali vien fatta ingiuria per mezzo delle mogli e de' discendenti. Dappoicchè allora alcuno è ingiuriato per mezzo dello schiavo, quando è stata commessa qualche cosa atroce contra lo schiavo, e che apertamente torna ad oltraggio del padrone, come sarebbe, se alcuno atrocemente battesse l'altrui schiavo, nel qual caso egli ha azione; ma se gli si dica villania, o sia percosso con un pugno non si dà azione al padrone.

Nulla injuria fieri intelligitur. Così secondo il diritto civile rigoroso non vi è mai ingiuria quanto alla persona dello schiavo. Solo il padrone potrà trovarsi ingiuriato nella persona del suo schiavo, ed ancora per questo sarà necessario che il fatto e per la sua natura, e per l'intenzione di chi l'ha commesso sia stato diretto contro di lui. In questo caso il padrone avrà non già una doppia azione, l'una pel suo schiavo, e l'altra per lui, ma una sola azione per suo proprio conto. Non pertanto il pretore non volle lasciar sempre impunite le ingiurie che sarebber fatte al solo schiavo, senza intenzione di fare oltraggio al padrone (*ipsi servo facta injuria inulta a Praetore relinqui non debet*). Egli dunque testualmente stabilì nel suo editto un'azione pretoria d'ingiuria, ch'egli dava di pieno diritto se lo schiavo era stato battuto, o messo alla tortura senza comando del padrone (*injussu domini*); e solamente con cognizione di causa (*causa cognita*) per altri fatti meno gravi (4). In questo esame della causa, come pure per fissare il valore della condanna a ragion dell'ingiuria fatta allo schiavo si avea riguardo alla persona, ed anche all'impiego dello schiavo secondo le distinzioni da noi indicate V. 1, p. 94 (5). Del resto quest'azione pretoria tuttochè data per l'ingiuria fatta alla persona dello schiavo appartiene sempre al suo padrone (6).

IV. *Si communi servo injuria facta sit, aequum est, non pro ea parte qua dominus quisque est, aestimationem injuriae fieri, sed ex dominorum persona: quia ipsis fit injuria.*

4. Se sarà fatta ingiuria allo schiavo comune, egli è dovere che si stimi l'ingiuria non per quella parte, della quale ciascuno è padrone, ma dalla condizione della persona de' padroni; perchè l'ingiuria è fatta a' padroni.

Qui si tratta del caso in cui i comproprietari dello schiavo agiscono in proprio nome per un'ingiuria, che è ridondata

(1) *D. 47, 10, 41, f. Nerat.*
(2) *Ivi 17, §§ 10 e seg.*
(3) *Ivi. 30 e 31.*
(4) *D. 47, 10, 15, §§ 34, e seg.*
(5) *Ivi § 44.*
(6) *Ivi § 48.*

personalmente su di loro. Perocchè se si trattasse dell'azione pretoria della quale nel precedente paragrafo abbiam toccato, e che è relativa all'ingiuria dello schiavo, il benefizio dell'azione dovrebbe dividersi tra i padroni in proporzione della loro parte di proprietà.

V. *Quod si usufructus in servo Titii est, proprietas Maevii*, magis Maevio *injuria fieri intelligitur*.

5. Che se l'usufrutto dello schiavo è di Tizio, e la proprietà di Mevio, s'intende, che si sia fatta in giuria *piuttosto* a *Mevio*, che a Tizio.

Magis Maevio. Salvochè non risulti da' fatti, e dall'intenzione di chi ha commessa l'ingiuria, ch'essa era diretta contro l'usufruttuario dello schiavo, e non contro il proprietario (1). Il medesimo è anche riguardo al possessore di buona fede, come si dirà nel paragrafo che segue. Ma in tutti i casi l'azione pretoria per l'ingiuria fatta allo schiavo medesimo, non appartiene mai ad altri che al proprietario.

VI. *Sed si libero, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit: tunc enim competit et tibi injuriarum actio. Idem ergo est et in servo alieno bona fide tibi serviente, ut totiens admittatur injuriarum actio, quotiens in tuam contumeliam injuria ei facta sit.*

6. Ma se si sarà fatta ingiuria all'uomo libero, il quale ti serva di buona fede, tu non avrai azione alcuna; ma egli potrà agire per suo nome, se per per avventura non fosse stato battuto in tuo disprezzo, perchè in quel caso ti compete l'azione d'inria. Il medesimo è nel caso dello schiavo d'altri, che ti serva di buona fede, cioè che tu intanto hai l'azione d'ingiuria in quanto l'ingiuria sarà fatta in tuo disprezzo.

VII. *Poena autem injuriarum ex lege duodecim Tabularum, propter membrum quidem raptum talio erat: propter os vero fractum nummariae poenae erant constitutae, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea praetores permittebant ipsis qui injuriam passi sunt eam aestimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed poena quidem injuriae quae ex lege duodecim Tabularum introducta est in desuetudinem abiit; quam autem praetores introduxerunt quae etiam honoraria appellatur, in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis vitaeque honestatem crescit, aut minuitur aestimatio injuriae: qui gradus condemnationis, et in servili persona non immerito servatur ut aliud servo in actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito constituatur.*

7. La pena delle ingiurie per la legge delle dodici Tavole ogni volta che un membro era rotto, era il taglione, ma per la sfregiatura al volto si dava pena in danari, la qual cosa era molto grave agli antichi per la loro povertà; ma i pretori dapoi permettevano a coloro che avevano ricevuto l'ingiuria che stimassero essi medesimi di quanta valuta fosse l'offesa, acciocchè il giudice condannasse il reo in tanto, in quanto era stato stimato il danno, o in minor prezzo, secondo che fosse paruto a lui. Ma quella pena che fu introdotta per la legge delle dodici Tavole andò in disusanza, e quella che i pretori misero in uso, e che è eziandio chiamata onoraria è frequentata ne' giudizi. E la stima dell'ingiuria cresce e diminuisce secondo il grado della dignità, e l'onestà della vita delle persone, al qual grado parimente si ha rispetto nella persona degli schiavi, perchè altra stima si fa dello schiavo che amministra, altra di quello che è impiegato in uffici di mediocre qualità, ed altra di colui ch'è vilissimo; o tenuto in catene.

Paolo ci dice nelle sue sentenze che l'azione d'ingiuria è stata introdotta o dalla legge, o dagli usi, o da un diritto misto (*aut lege, aut more, aut mixto jure*). Dalla legge, cioè dalla legge delle XII Tavole *de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis*. Per usi Paolo intende le disposizioni introdotte dal diritto pretorio secondo gli usi che preser voga; infine per diritto misto egli fa ullusione alla legge Cornelia (2).

Noi abbiamo già riportati (*Hist. du droit romaine*) i frammenti delle XII. Tavole che ci son pervenuti, relativi alla pena contro le ingiurie, le rotture di membra, ed i versi e libelli infamanti.

In quanto all'editto del pretore, i frammenti di Ulpiano inseriti nel Digesto ce ne han conservato la più parte delle disposizioni, e noi pensiamo cosa ben fatta a riportarli quì in nota (3).

(1) *47, 10, 15, § 48.*
(2) *Paul. Sent. 5, 4, § 6.*
(3) « *Qui adversus bonos mores convitium cui fecisse, cujusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convitium fieret, in eum, judicium dabo.*
« *Ne quid infamandi causa fiat: si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam.*
« *Si ei qui in aliena potestate erit injuria facta esse dicetur, et neque is cujus in potestate est praesens erit, neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat, ipsi qui injuriam accepisse dicetur, judicium dabo.*
« *Qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse injussu domini, quaestionem habuisse dicetur, in eum judicium dabo. Idem si quid aliud, factum fuisse dicetur, causa cognita judicium dabo* ». *(D. 47, 10, 15, § 2, e 25, f. Ulp.— 10, § 17, f. Ulp. 15, § 34.*

In fine quanto alla legge Cornelia, se ne fa parola nel paragrafo che segue.

VIII. *Sed et lex Cornelia de injuriis loquitur, et injuriarum actionem introduxit, quae competit ob eam rem quod se pulsatum quis, verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitat, sive in conducta, vel gratis, sive hospitio receptus sit.*

8. La legge Cornelia favella parimente delle ingiurie, ed introdusse l'azion delle ingiurie, la qual compete ogni volta che uno dica d'essere stato battuto o percosso, o di essergli alcuno entrato in casa per forza. E dicendosi in casa, intendiamo o nella propria casa dove si abita, o in casa tolta a fitto, o in qualunque luogo si stia, senza pagar mercede, o albergato per ospitalità.

Generalmente si considera questa legge CORNELIA come una legge particolare relativa speciamente alle ingiurie. Nondimeno egli è più probabile quella non esser altra che legge CORNELIA *de Sicariis*, della quale abbiamo già favellato nell'*Hist du droit rom.* n.° 55, la quale fu pubblicata sotto la dittatura di Cornelio Silla, e tottochè fosse principalmente relativa agli omicidii, pure disponeva accessoriamente anche per certe ingiurie violenti. « La legge Cornelia, dice Teofilo, non passò sotto silenzio le ingiurie ». I casi, pe'quali essa dava azione sono solamente tre: per essere stato percosso, battuto, e per violazione di domicilio. « *Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus, verberatusve, domusve ejus vi introita sit* (1) ».

IX. *Atrox injuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus fuerit, vel fustibus caesus; vel ex loco, veluti si qui in theatro, vel in foro, vel in conspectu praetoris injuria facta sit; vel ex persona veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti patronove fiat a liberis, vel libertis. Aliter enim senatoris, et parentis patronique, aliter extraneae et humilis personae injuria aestimatur. Nonnumquam et locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo, quis percussus fuerit. Parvi autem refert utrum patrifamilias, an filiofamilias talis injuria facta sit: nam et haec atrox aestimabitur.*

9. L'ingiuria si giudica esser atroce per il fatto, come sarebbe se qualcuno fosse ferito o battuto gravemente; per il luogo, come sarebbe se l'ingiuria si facesse o nel teatro, o nel foro, o in presenza del pretore; per la persona, come sarebbe se un magistrato fosse ingiuriato, o un senatore fosse oltraggiato da qualche persona vile, o l'ingiuria fosse fatta da' figliuoli o dai libertini a' padri, ed ai padroni, perchè altra ingiuria è giudicata quella del Senatore, del padre, e del padrone, ed altra quella della persona straua e di bassa condizione. E talora il luogo, ove l'uomo è ferito rende atroce l'ingiuria, come sarebbe s'egli fosse percosso nell'occhio; ed importa poco se l'ingiuria sia fatta al padre di famiglia, o al figliuolo di famiglia, perchè in ogni modo essa sarà giudicata essere ingiuria atroce.

La circostanza che l'ingiuria fosse grave, che rientrasse nel numero di quelle che i Romani chiamavano atroci doveva avere parecchie conseguenze importanti. Così noi vediamo che il servo fatto libero non poteva avere l'azione d'ingiuria contro il suo padrone; nè il figliuolo liberato dalla potestà, contro suo padre, salvochè, non si trattasse d'ingiuria grave o atroce (2). La condanna sia civile, sia criminale dovea esser più forte, se l'ingiuria fosse atroce (3). Finalmente Gaio ne fa sapere che nel caso d'un'ingiuria atroce il pretore, dando il giudice e la formola, era solita di valutare, ed indicare egli medesimo per modo di tassa il *maximum* della condanna, e che il giudice, comechè ne avesse il diritto, non avrebbe osato di condannare pe somma minore di questo *maximum* (4).

X. *In summa sciendum est, de omni injuria eum qui passus est posse vel* criminaliter agere, vel civiliter. *Et si quidem civiliter agatur, aestimatione facta, secundum quod dictum est, poena imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria poena reo irrogatur. Hoc videlicet observando quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres quique super eos sunt et* per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere, *secundum ejus tenorem, qui ex ipsa manifestius apparet.*

10. In somma si ha da sapere che colui che ha avuto ingiuria, può per ciascuna di esse *agir criminalmente e civilmente*. Se si agirà civilmente si pone al reo la pena facendo la stima, secondo che abbiam detto; ma se poi si agirà criminalmente, si dà al reo una pena straordinaria per officio del

L'editto pare aver contenuto ancora delle disposizioni a queste somiglianti. *Si quis contra bonos mores feminam, praetextatum praetextatamve appellaverit, assectatusve fuerit, vel ejus comitem subduxerit, judicium dabo.* Ma siffatte disposizioni non ci sono pervenute testualmente.

Finalmente quest'altro testo ne faceva parte: « *Qui agit injuriarium, dicat quid factum sit* (*D. 47, 10, 7, pr. f. Ulp.*); *et taxationem ponat non minorem, quam quanti vadimonium fuerit* » (*Coll. leg. Mosaic. hoc tit. 6.*).

(1) *D. 47, 10, 5, pr. f. Ulp.*
(2) *D. 47, 10, 7,* §§ 2, e 3.
(3) *Paul. Sent. 5, 4,* § 22.
(4) *Gai 3,* § 224.

giudice, osservando però quel che Zenone con la costituzione ha introdotto, cioè che gli uomini illustri, e coloro che a questi sono anco superiori di dignità, *possano per via di procuratori intentar criminalmente l'azione d'ingiurie* e difendersi contro siffatta azione, secondo il contenuto di quella costituzione, il quale più apertamente si comprende leggendo la medesima.

Vel criminaliter agere, vel civiliter. L'azione d'ingiurie della quale qui trattiamo è un'azione privata per ottenere contro il reo una condanna pecuniaria. La legge Cornelia medesima nelle sue disposizioni relative alle ingiurie dava origine a cosiffatta azione, cioè ad un'azione privata (1).

Ma si poteva eziandio, secondo i casi intentere un'azione criminale: *extra ordinem criminaliter agere.* Noi vediamo anche da'testi, e segnatamente dalle *Sentenze* di Paolo che le condanne pubbliche erano di un'eccessiva severità contro talune ingiurie per esempio la morte per attentato violento al pudore; l'esilio, la relegazione in un'isola, la destituzione dal proprio ordine per delitto di calunnia: l'esilio, le miniere o i lavori pubblici, secondo le occasioni, ne'casi della legge Cornelia (2).

Per procuratores possint actionem iniuriarum criminaliter persequi, vel suscipere. L'azione d'ingiurie quando era esercitata solamente per via civile, come azione privata, poteva essere intentata o sostenuta da un procuratore, tutore, o qualsivoglia altro rappresentante, e questo si osservava eziandio per quella che derivava dalla legge Cornelia (3). Questa regola era generale per tutti. Ma se l'azione era intentata criminalmente, per regola generale si dovea comparir di persona. Il favore, che Zenone dà per la sua costituzione alle persone ornate del titolo d'illustri è un'eccezione al tutto particolare (4).

XI. *Non solum autem is injuriarum tenetur qui fecit injuriam, id est qui percussit; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit, vel curavit ut cui mala pugno perculeretur.*

11. Ed è tenuto non solamente colui che fece l'ingiuria, cioè che percosse, ma anche colui il quale fece con dolo o procurò che si fosser dati de' pugni nel viso a qualcuno.

XII. *Haec actio dissimulatione aboletur; et ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim ut passus, ad animum suum non revocaverit, postea ex poenitentia remissam injuriam non poterit recolere.*

12. Quest'azione si cancella ogni volta che l'offeso *dissimula e non se ne cura*, laonde se l'ingiuriato ha abbandonato l'ingiuria, cioè non si è tenuto offeso, e non lo ha avuto per male, non può dipoi pentendosi agir per l'ingiuria che avea rimessa.

Dissimulatione: cioè se l'offeso non ha mostrato incontanente alcun risentimento dell'ingiuria; se l'ha in qualche guisa tacitamente condonata pel poco conto, o pel disprezzo che ne ha fatto nel momento che l'ha ricevuto.

Anche nel caso contrario, cioè se immediatamente si è mostrato risentimento dell'ingiuria, o intenzione di chiederne la riparazione, l'azione sarà estinta, e prescritta al termine di un anno, se la persona ingiuriata ha lasciato decorrere inutilmente questo tempo (5).

Ovvero anche se ella è morta senza aver mossa l'azione, perchè siffatta azione è tutta personale all'offeso, e non passa a'suoi eredi, salvochè non sia stata di già impegnata per *la litis contestatio* (6).

Oltre le quattro sorte di delitti di che abbiam toccato, e che ordinariamente son citate da' giureconsulti romani, vi sono eziandio altri fatti, che a noi pare doversi senza dubbio annoverar pure nella classe de'delitti, perchè sono stati spezialmente preveduti, e caratterizzati come tali dalla legislazione civile o pretoria, e vi è stata accomodata un'azione particolare.

Tali sono le azioni *de tigno juncto* (7), *arborum furtim caesarum* (8) che derivano dalla legge delle XII Tavole, e si danno per il doppio del valore. Tali sono ancora i casi di certe azioni pretorie, come sarebbe l'azione *servi corrupto* pel doppio (9); l'azione pel il danno cagionato nella folla (*in turba*), ed ingiustamente (*dolo malo*) pel dubbio, nell'anno, e pel semplice valore del danno, dopo l'an-

(1) Questo risulta senza dubbio da' seguenti testi: *D. 47, 10, 5, §§ 6, e 7. — 6, f. Paul. — 7, § 1, f. Ulp. — D. 3, 3, 42, § 1 f. Paul.*
(2) *V. Paul. Sent. 5, 4, §§ 4, 8, 11, 13, e seg.*
(3) *D. 47, 10, 11, § 2. — D. 3, 3, 42, § 1.*
(4) *C. 9, 35, 11, const. Zen.*
(5) *D. 47, 10, 17, § 6. — C. 9, 35, 5.*
(6) *D ivi 13, pr.* — V. quel che ho di già detto della *litis contestatio* (*Vol. I. p. 287, e sop. p. 221*).
(7) *D. 47, 3.* De tigno juncto.
(8) *D. 47, 7. Arborum furtim caesarum.* In questo caso l'azione della legge Aquilia sarebbe ugualmente applicabile.
(9) *D. 11, 3.* De servo corrupto.

no (1); l'azione contro coloro che profittando d'un incendio, d'una ruina, d'un naufragio, d'un assalto di naviglio, involassero degli oggetti, o li celassero: azione data per quattro cotanti nell'anno, e pel semplice valore dopo (2).

Concorrendo più delitti, la giurisprudenza romana avea ammesso il principio, che niuno di essi non dee rimanere impunito, e che concorrono egualmente l'azioni: « *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut illius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam* ». Per esempio se alcuno ha rubato uno schiavo, e dipoi l'ha ucciso, si avrà contro di lui l'azione *furti*, e l'azione della legge Aquilia. Similmente se ha rubata una schiava, e l'ha prostituita, vi sarà luogo alle due azioni *furti*, e *servi corrupti* (3). Per altro è da notare che quì si tratta solamente di pene pecuniarie e private domandate con azioni penali private; e che questi testi formali sono stati stornati dal loro vero senso, quando si son intesi nel senso di pene pubbliche richieste per via di accuse criminali.

TITULUS V.

DE OBBLIGATIONIBUS, QUAE QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

TITOLO V.

DELLE OBBLIGAZIONI LE QUALI NASCONO PER QUASI DELITTO.

Quando sieno commessi de fatti nocivi ed illeciti, i quali non si possono ridurre nè alla classe de' contratti, ne a quella de'quasi contratti, se non sono nel numero di quelli che le leggi han caratterizzati come delitti, cioè se le leggi non vi hanno aggiunta alcun' azione speciale che ad essi è propria, o che questi sieno commessi con animo colpevole, o no, si dà in queste caso un' azione generale, l'azione *in factum*, formata in fatti, e comunemente usata per tutte queste specie di casi, ed allora si dice che l'obbligazione è prodotta non da un delitto, ma quasi da un delitto (*quasi ex delicto*): dal che nella moderna lingua del diritto si è fatta la dizione più breve di *quasi delitto* (4). Intorno a questa frase bisogna applicare quel che più sopra abbiam detto relativamente a quella di *quasi contratto*. (Lib. III tit. XXVII).

Il testo fa menzione di parecchi casi, che si contengono in questa categoria di fatti.

Si judex litem suam fecerit *non proprie, ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri*: et in quantum de ea re aequum religioni judicantis videbitur, poenam sustinebit.

Se *il giudice fa sua una lite*, non pare che sia tenuto propriamente per delitto; ma perchè egli non è obbligato nè per maleficio, nè per contratto, e pure si vede ch'egli ha peccato facendo torto alla parte, quantunque per imprudenza, pare ch' egli sia tenuto per quasi delitto, e debb'esser condannato a quel che vale la cosa secondo che alla religione del giudice sembrerà giusto.

Si judex litem suam fecerit. Questa frase era consacrata per dire che il giudice avea volta la lite contro di lui; ch' egli ne aveve assunti a suo carico le conseguenze. Egli si trovava in questo caso quando maliziosamente (*dolo malo*) avea renduta una sentenza ingiusta (*cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*); sia per favore, sia per inimicizia, o subornazione (*si evidens arguatur ejus vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes*) (5). E secondo il nostro testo tratto da Gaio, anche quando non si poteva rimproverargli altro che l'ignoranza (*licet per imprudentiam*) (6). Il medesimo giureconsulto nelle sue Istituta cita il caso in cui il giudice avesse condannato ad una somma diversa da quella imperativamente fissata nella formola, o avesse oltrepassata il *maximum* ne'casi che questo *maximum* fosse tassativamente stabilito (7).

Non è già che gli errori, le ingiustizie, o le violazioni di legge delle quali si tratta, non si potessero riparar per altra via; perocchè generalmente si avea il mezzo

(1) *D. 47, 8.* Vi bonorum raptorum et de turba 4. *f. Ulp.*

(2) *D. 47, 9.* De incendio, ruina, naufragio, rate, nave expugnata.

(3) *D. 47, 1, 2, f Ulpian.*

(4) Ma il *quasi-delitto* nel nostro diritto civile differisce essenzialmente da quel che era in diritto romano: perocchè presso di noi non si tratta più di sapere se vi ha un'azione speciale e caratteristica per se medesima, o semplicemente un' azione generale, *in factum* contro questo fatto, per dire se vi ha delitto privato, o solamente quasi-delitto.

(5) *D. 5, 1, 15, f. Ulp.*

(6) *D. 50, 15, 6.*

(7) *Gai. 4, § 52.*

dell'appello, ed anche in certi casi questo mezzo non era necessario: tal'era il caso in cui la sentenza conteneva una violazione formale della legge (*si specialiter contra leges, vel S. C. vel constitutionem fuerit prolata. — Cum contra sacras constitutiones judicatur*) (1). Il che il giureconsulto Macro perfettamente esprime dicendo: quando il giudice ha pronunziato piuttosto contro il diritto della costituzione, che contro il diritto del litigante (*cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronunciatur*) (2). Tale ancora era il caso di una sentenza venale ottenuta dal giudice per subornazione (3). In questi casi, o che non vi fosse stato appello, o che questo fosse stato rigettato per la prescrizione, si poteva ricominciar da capo la causa (*causa induci potest, potest causa ab initio agitari*) (4).

Ciò posto naturalmente viene la domanda se il ricorso contro il giudice in quanto avea fatta sua la lite, potevasi esercitare in quei casi, in cui il litigante avea il modo di far riformare l'ingiusta sentenza, o di farla considerare come nulla; ovvero se questo ricorso limitasi solamente ai casi ne'quali la sentenza era irrevocabile. Pare che il litigante abbia avuta in tutt'i casi l'azione contro il giudice che aveva fatta sua la lite; imperocchè egli poteva per più ragioni non volere, o non poter ricominciare un nuovo giudizio contro il suo avversario; per esempio, se questi non avea modi di pagare, e non gli offriva più veruna garentia, o per qualsivoglia altra ragione che gli faceva preferire di rivolgersi contro il giudice.

In quantum de ea re aequum religioni judicantis videbitur. Così il nostro testo si esprime seguendo Gaio. Ulpiano ci dice che il giudice convinto sarà condannato a pagare il vero valore della lite che ha fatta sua (*ut veram aestimationem litis praestare cogatur*) (5). Ma chi farà questa stima? il giudice che conoscerà di quest'azione; e su qual base? *in quantum de ea re aequum videbitur*. In tal modo queste due opinioni de' giureconsulti si posson ridurre alla medesima.

A questo proposito si ricerca perchè la negligenza, l'imprudenza del medico era posta presso i Romani tra i delitti, ed era soggetta all'azione della legge Aquilia; mentre quella del giudice costituiva soltanto un quasi delitto. La vera ragione è quella data dal Ducaurroy: ed è che nel primo caso il medico ha offeso un corpo, ha recato danno ad un corpo (*corpori*), il che è preveduto dalla legge Aquilia, e per conseguente dà luogo ad un'azione per delitto; ma non è il medesimo nel secondo caso. Si vede che il più o il meno di colpabilità tra il medico, o il giudice non entra per nulla nella quistione.

1. *Item is ex cujus coenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is qui ea parte qua vulgo iter fieri solet, id positum, aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere: quo casu poena decem aureorum constituta est. De eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quinquaginta aureorum poena constituitur. Si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem aequum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis praestitas caeteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit, aut carituras est ob id quod inutilis factus est.*

1. Similmente è tenuto per quasi delitto colui dal cenacolo del quale, o proprio, o tolto a fitto, o avuto ad abitar gratis sarà gettata o sparsa qualche cosa che offenda qualcuno. E s'intende che questo tale sia tenuto per quasi delitto, perchè per lo più egli è tenuto per colpa d'altri o di schiavo, o di uomo libero. Simile a questo è colui che avrà posto, e sospeso nella strada ove passa la gente, qualche cosa che cadendo può nuocere a qualcuno; nel qual caso è ordinata la pena di dieci aurei. Ma per quel che si è gettato o sparso si è ordinata l'azione pel doppio danno che si è arrecato e si è parimente ordinato che per l'uomo libero ucciso la pena sia di cinquanta aurei. Se poi viverà ma storpio, si dà azione per quel tanto che il giudice crederà giusto, secondo i casi. Infatti il giudice debbe mettere a conto le spese de' medici, e tutte quelle altre che si son fatte nel medicarlo, ed oltre a questo la valuta delle opere che non ha potuto fare e che per l'avvenire non potrà fare essendo storpiato.

In questo paragrafo si tratta di due casi differenti: delle cose sparse o gettate (*de effusis et dejectis*), e delle cose sospese, o collocate pericolosamente (*de periculose positis et suspensis*) sopra un luogo pubblico.

Pel primo caso l'editto del pretore dispone in questa forma: « *Unde in eum locum quo vulgo iter fiet, vel in quo consiste-*

(1) *D. 49, 1, 19, f. Mod.* — *8, 1, § 2, f. Mac.*
(2) *Ivi.*
(3) *C. 7, 64, 7, const. Diocl. et Maxim.*
(4) *C. 49, 1, 19.*
(5) *D. 5, 1, 15.*

tur, dejectum, vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum, factumve erit, in eum qui ibi habitaverit in duplum judicium dabo. Si eo ictu homo liber periisse dicetur, quinquaginta aureorum judicium dabo. Si vivet, nocitumque esse ei dicetur, quantum ob eam rem aequum judici videbitur eum, cum quo agetur, condemnari, tanti judicium dabo (1) ».

Si noti bene che qui si tratta d'un'azione *in factum*, non contro colui che ha gittato, o sparso le cose che han cagionato danno (perciocchè questi va soggetto, se vi ha luogo, all'azione della legge Aquilia); ma di un'azione contro il capo di famiglia che abita la casa, o la parte della casa, onde gli oggetti son venuti, a cagione del suo difetto di vigilanza.

Pel secondo caso ecco le parole dell'editto: « *Ne quis in suggrunda, protectove, supra eum locum, quo vulgo iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeat, cujus casus nocere cui possit, qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum judicium dabo* (2) ».

In quest'azione *in factum* il pretore reprime il solo fatto di aver posta o sospesa sulla pubblica via qualche cosa che cadendo potesse nuocere, a cagione del pericolo che si è fatto correre a' passeggieri.

Questa specie di azione è popolare (3); il che vuol dire che il dritto d'intentarla appartiene a ciascuno, perchè essa è stata introdotta nell'interesse di tutti i cittadini. Lo stesso è per la morte d'un uomo libero avvenuta per la caduta d'un oggetto. Nondimeno nel caso che più persone si presentassero per esercitarla, si darebbe la preferenza a colui che vi ha più interesse: per esempio agli eredi, o ai parenti del defunto (4).

II. *Si filius familias seorsum a patre habitaverit, et quid ex coenaculo ejus dejectum effusumve sit, sive quid positum, suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est: Juliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. Quod et in filio familias judice observandum est, qui litem suam fecerit.*

2. Se il figliuolo di famiglia abiti diviso dal padre; e dal cenacolo di lui sia stata gittata o sparsa qualche cosa o vi sia posta o sospesa qualche cosa che cadendo può nuocere, piacque a Giuliano che non si abbia azione contra il padre, ma che ne sia tenuto il figliuolo. La qual cosa si dee parimente osservare nel giudice che è figliuol di famiglia, ogni volta che facendo sua la lite farà torto alla parte.

Quì non si può rimproverare al padre di famiglia alcun difetto di vigilanza nel primo caso, nè può il medesimo avere alcuna sorta di risponsabilità nel secondo. Egli dunque non può esser perseguitato neppure fino alla concorrenza del peculio del suo figliuolo; perciocchè noi vedremo (qui appresso lib. 4 tit. 6 §. 10 e tit. 7 § 5) ch'egli non è risponsabile, sul peculio, delle obbligazioni penali del figliuolo.

Ma se quegli che ha cagionato il danno sia uno schiavo, il padrone sarà sempre obbligato o di riparare il danno, o di abbandonare lo schiavo, siccome vedremo più innanzi (lib. 4 tit. 8).

III. *Item exercitor navis aut cauponae, aut stabuli,* de damno, aut furto *quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum fuerit, quasi ex maleficio teneri videtur: si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem aut cauponam, aut stabulum exerceret. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio, et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.*

3. Parimente il padrone di una nave, o d'un albergo, o d'una stalla pare che sia tenuto per quasi delitto *a cagione del danno o del furto* che sia commesso nella nave, nell'albergo, o nella stalla, quando però non ha commesso egli il delitto, ma uno di coloro ch'egli adopera nel servizio della nave, dell'osteria, o della stalla. Imperocchè non essendo contro lui stabilita un'azione nè per contratto nè per delitto, e nondimeno essendo egli in colpa per servirsi di persone di mal'affare, ne segue che debba esser tenuto quasi per delitto. In tutti questi casi compete l'azione *in factum*, la quale si dà all'erede, ma non si esercita contro l'erede.

L'azione *in factum* di cui quì si tratta è stata introdotta dalla giurisdizione del pretore.

De damno aut furto. Così il capitano della nave, o il padrone dell'osteria sono personalmente risponsabili de' deterioramenti, della distruzione, o del furto che per avventura si sarà commesso nella nave, o nell'osteria (*in navi, aut caupona, aut stabulo*) da qualunque de' loro fanti, o impiegati (*alicujus eorum quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerce-*

(1) *D. 9, 3, 1, pr. f. Ulp.*
(2) *D. 5, §. 6.*
(3) *D. Ivi 5, § 13, f. Ulp.*
(4) *Ivi § 5.*

rel), perchè si debbe recar loro a colpa che si valgano dell' opera di siffatte persone.

Quest' azione si dà contro di loro pel doppio. Essa non impedisce che si dia anche l'azione civile, o di furto, o della legge Aquilia secondo i casi contro il vero colpevole. Di maniera che la parte offesa ha la scelta o di esercitare quest' azion civile contro l'autore del delitto, ovvero di esercitar l'azione pretoria contro il padrone della nave o dell'osteria (1).

L' azione della quale trattasi in questo luogo è ben distinta da quella che si ha egualmente pel dritto pretorio contro i capitani di nave, o padroni di osterie per la restituzione degli oggetti che sono stati loro confidati. Quest' ultima azione è relativa solamente alle obbligazioni che provengono dal contratto di locazione, o dal quasi contratto formato col capitano, o col padrone dall' osteria. Essa è indipendente da qualunque delitto (2); mentrechè l'azione di cui si tratta nel nostro paragrafo ha per iscopo di punire i capitani, o i padroni delle osterie de' delitti che avrebber dovuto impedire; essa si annovera tra quelle de'quasi delitti, e non ha luogo se non quando concorrono le circostanze di furto o di danno come nel nostro testo sono enunciate.

SORGENTI O CAUSE DELLE OBBLIGAZIONI NATURALI

Secondo il testo delle istituzioni, quì termina l'esposizione delle cause che producono le obbligazioni civili, sia *ex contractu*, o *quasi ex contractu*, sia *ex delicto*, o *quasi ex delicto*. Le obbligazioni pretorie di cui abbiamo già avuta occasione d' indicarne un certo numero, essendo costituite ed investite di un'azione pel testo formale dell'editto, sono più facili a riconoscersi e determinarsi. Non è però lo stesso per le obbligazioni naturali, che non riposano sopra alcun testo legislativo, nè civile nè pretorio, e che non sono sanzioni, se non per un modo indiretto, per ragioni di equità generale, che vanno oltre di siffatti testi.

Noi abbiamo già fatto conoscere gli effetti delle obbligazioni naturali in generale (quì sopra p. 78) ci resta ad esporne le cause.

Fra queste cause, ve n'ha di quelle che seguono il carattere particolare del diritto romano, e che per conseguenza, sono specialmente proprie a questo diritto. L' equità naturale si eleva al di sopra degli stretti limiti posti dalla legge romana, e laddove questa vede assenza o impossibilità di obbligazione civile, ed il pretore ei stesso non ha osato o non ha creduto dover dichiarare la sanzione di una obbligazione pretoria, ella proclama de'legami naturali di obbligazione.

La prima di siffatte cause stà alle regole rigorose del diritto romano su'contratti. Le convenzioni che non sono ne riconosciute dal diritto civile come costituenti un contratto, nè sanzionati da un testo legislativo, o da un editto, come patto legittimo o pretorio, e che restano nella denominazione di patti semplici, producono delle obbligazioni naturali, se per altro esse siano intervenute di buona fede fra persone capaci, e non hanno nulla di immorale e di vietato. Questa è la causa la più semplice, e la più freguente di queste sorte di obbligazioni (3).

La seconda causa tiene alle regole rigorose del diritto sulla condizione delle persone, e questa causa si suddivide in più applicazioni. In fatti la istituzione della schiavitù da una parte, e la costituzione particolare delle famiglie dall'altra, creano per un gran numero d' individui delle impossibilità di obbligazioni civili, o anche pretorie, che l'equità naturale non riconosce.

Per quel che tocca alla schiavitù, si sa che nello stretto rigore del diritto civile, gli schiavi sono considerati come non costituendi persona alcuna, ma i giureconsulti romani, non ammettevano che così fosse per diritto naturale, secondo le quali essi proclamano che tutti gli uomini sono eguali. « *Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen, et jure naturali: quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt* (4) ». Anche il diritto civile in tal punto non ha portato la logica agli estremi. Così, ha

(1) *D. 47, 5, 1, pr.* §§ *2, e 5, pr. f. Ulp.*

(2) *D. 4, 9.* Nautae, caupones, stabularii, etc. *3,* §§ *1, e 4, fr. Ulp.*

(3) Il pretore si esprime così nel suo editto. «*Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum, neque fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*». *D. 2, 14.* De pactis *7,* § *7, f. Ulp.*). Ma quando egli non l' ha investite di un'azione, non le mantiene che all'appoggio de' mezzi indiretti conceduti per le obbligazioni naturali. V. *ivi 7,* § *4 f. Ulp.; 27,* § *4, f. Paul, 54, f. Modest.; 38, f. Papin.*

(4) *Dig. 50, 17,* de reg. jur. *52, f. Ulp.*

considerato gli schiavi capaci di obbligazioni pe'loro delitti, in questo senso, che in qualunque mano passino, se il padrone non vuol soddisfare all'azione risultante dal delitto, devono esser rilasciati per abbandono nossale, e se vengono ad essere affrancati, l'azione si darà direttamente contro di essi. *Servi ex delictis quidam obligantur; et si manumittantur, obbligati remanent* » (v. appresso lib. 4. tit. 8. §. 5.). Così ancora ha considerato la persona del padrone come quella che personifica lo schiavo, e per conseguenza attribuisce a quest'ultimo il potere di contrarre, obbligando gli altri verso il suo padrone; anche il diritto pretorio riconosce in lui in talune circostanze, e fra certi limiti, quello di contrarre, obbligando il suo padrone verso gli altri (v. appresso, lib. 4. tit. 7.). Fuori questi casi, e oltrepassati tai limiti, lo schiavo, sia che agisca *ex persona domini*, o *ex persona sua*, non dà vita mediante i suoi contratti o i suoi patti ad alcuna obbligazione nè civile nè pretoria; ma secondo la giurisprudenza basata sull'equità naturale, vi ha obbligazione naturale: «*Ex contractibus autem civiliter non obbligantur, sed naturaliter et obligantur, et obligant* (1) ». L'affrancazione che si riattacca alla istituzione della schiavitù, ci presenta l'opportunità di un'altra specie di obbligazione naturale. L'affrancato dovea civilmente al suo padrone, quando l'avea specialmente promesso con giuramento prima della manomissione, o per contratto *verbis* dopo, taluni travagli consistenti sia in servizii domestici (*operae officiales*; *ministerium*) sia in opere artigianesche (*operae fabriles*; *artificium*) (v. 1. p. 110, e qui sopra p. 90); ora nell'assenza di ogni impegno civile, i giureconsulti consideravano di esser ei naturalmente tenuto per dovere di riconoscenza verso colui dal quale avea ricevuto la libertà a prestare i servizii *officioli*, ma non gli altri. *Natura enim operas patrono libertus debet* (2) ».

Per ciò che riguarda la costituzione della famiglia, il principio sul quale essa poggia, vale a dire che debba esservi, sotto il rapporto de'diritti di proprietà o di credito, e di tutti gl'interessi pecuniarii, unità di persona fra il capo e tutti coloro che erano sommessi al suo potere, non permetteva che potessero nascervi delle obbligazioni civili di tal natura tra siffatte persone, sia del capo verso qualunque di coloro che aveva in suo potere o reciprocamente, sia di uno di loro all'altro, come di fratello a fratello essendo amendue nella potestà del medesimo padre. Ma in questi diversi casi la giurisprudenza riconosceva delle obbligazioni naturali, le quali in seguito della istituzione de'peculii, della emancipazione o della morte del capo, potevano produrre degli effetti utili (3). Del resto per ogni altra persona, che al par di lui non facea parte della medesima famiglia, il figlio di famiglia avea pieno potere di contrattare utilmente: È vero che se si pone mente agli effetti di questi atti relativamente al suo padre (*ex persona patris*), si troverà in una posizione identica a quella dello schiavo: egli, secondo il diritto civile, non può che obbligare gli altri verso suo padre, e secondo il diritto pretorio, non obbliga suo padre verso gli altri, che in certe circostanze e fino a certi limiti (V. appresso lib. IV. tit. 7.): Ma quanto a lui personalmente (*ex persona sua*), salvo le restrizioni apportate dal senatoconsulto Macedoniano al soggetto de' prestiti di danaro (sopra, p. 84), egli si obbliga ed obbliga gli altri, come se fosse padre di famiglia, e queste obbligazioni civili in forza della istituzione de'peculii, o degli avvenimenti che più tardi potranno renderlo *sui juris*, produrranno i loro ordinarii effetti. « *Filius familias ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur, et ob id agi cum eo, tanquam cum patre familias potest* (4).

Bisogna ancora attribuire all'indole particolare del diritto romano sulla costituzione della famiglia la regola: che in conseguenza della piccola diminuzione di capo, o in altri termini del cangiamento di famiglia, coloro che aveano subito questa diminuzione, avendo cambiato persona circa la proprietà, a'crediti, e ad ogni altro interesse pecuniario, si trovavano civilmente decaduti da ogni diritto e civilmente liberati da ogni obbligazione na-

(1) *Dig. 44, 7*, De obligat. et act. *14, f. Ulp.*— È sotto la riserva di queste distinzioni, che bisogna accettare questa proposizione del medesimo giureconsulto: « *In personam servilem nulla cadit obligatio. (Dig. 50, 17, 22, f. Ulp). Dig. 12, 6*, De condict. indeb. *15, pr. f. Paul. 15, 1.* De pecul. *9, § 6, f. Ulp.; e 50, § 2 f. Papin. — 16, 2.* De compensat. *9, f. Paul. 46, 1.* De fideiuss. *35, f. Paul. e qui sopra lib. 3, tit 20, § 1.*

(2) *Dig. 12, 6*, De condict. indeb. *26, § 12, f. Ulp.*

(3) *Ivi 38, f. Afric. 64, f. Tryphon.*

(4) *Dig. 44, 7*, De oblig. et action. *59, f. Gai.* « *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio* ». *Dig. 5, 1*, De judic. *57. f. Ulp.*

scente da cause anteriori (Vol. 1. p. 277). Ma i giureconsulti faceano notare che essi continuavano ad essere naturalmente tenuti; ed il pretore nel creare mediante il suo editto una azione speciale per siffatto caso, ne avea formato un caso di obbligazione pretoria (1) — Da ultimo anche in seguito delle idee de'romani sulla dote, considerando l'interesse, che agli occhi loro avea la Repubblica a non far rimanere le donne *indotatae*, e i doveri di affezione verso il marito e verso i figli che doveano spingere le donne a contribuire da parte loro ai carichi del maneggio domestico, i giureconsulti in mancanza di ogni obbligazione civile per questa parte la consideravano come tenuto, *pietatis causa* a portar qualche cosa in dote, e le negavano il diritto di ripetere ciò che a tal titolo ella avrebbe pagato anche per errore (2).

Le altre cause di obbligazioni naturali non si attengono alle particolarità del diritto romano; esse son fondate sopra altre considerazioni più generali, che possono trovare la loro applicazione in altre legislazioni anche de'nostri tempi. Ve n'ha molte in effetto in cui la legge civile statuendo non per i fatti eccezionali ma pe'generali (*de eo quod plerumque fit*), è obbligata di procedere per mezzo delle presunzioni che trae dagli avvenimenti comuni, e che nondimeno possono qualche volta venir meno. Sopra simili presunzioni sovente essa dichiara nulle o estinte, senza ammettere neppure pruova in contrario, talune obbligazioni, che ne'casi più frequenti debbono esserlo veramente. Ma se il debitore nella sua sua coscienza ei stesso apprezza, che egli si trova in un caso eccezionale, e che in realtà la presunzione è smentita a suo riguardo, l'obbligazione, comechè non esistente per legge civile, non si fa forse sentire nel suo foro interiore, non vi ha ragione sufficiente per permettergli sia di ratificarla, sia di novarla volontariamente, e per quiete della sua coscienza, senza che questi atti possano essere considerati vome sforniti di causa, o come costituenti una liberalità?

Tali sono in diritto romano i casi di obbligazioni estinte per gli effetti della prescrizione (3), o per quelli d'una sentenza d'assoluzione (4). Tal'è quello dell'erede testamentario, o *ab intestato*, il quale volontariamente e per rispetto alla intenzione del defunto, vuol soddisfare i legati o fedecommessi, malgrado la irregolarità del testamento, o degli atti con che queste liberalità sono state fatte, o che voglia astenersi di esercitare la quarta falcidia, o ogni altra ritenuta cui il testatore l'avrebbe facultato (5). Tale infine è quello del pupillo, e può esser anche del furioso (*furiosus*), o del prodigo (*prodigus*) interdetto dall'amministrazione de'suoi beni.

Questi tre ultimi casi, cioè que'del pupillo, del pazzo, e del prodigo interdetto non restano di presentare gravi difficoltà di testo. Circa il pupillo, due frammenti portano, che pe'contratti ch'ei fa senza l'autorizzazione del tutore, non resta obbligato neppure naturalmente (*nec natura debet; nequidem jure naturali obligatur*)(6), ma un più gran numero ancora contestano in questi casi l'esistenza di una obbligazione naturale, e la possibilità che questa obbligazione sia garentita dal fidejussore (7). Senza dubbio la ragione, e l'equità naturale, non soffrono, che l'impubere, comechè abbia agito per inesperienza, per errore, o pe'trasporti della sua età, si trovi nondimeno ligato; sarebbe questa una conclusione irragionevole, contraria non meno alla giustizia naturale, che alla giustizia civile. Senza dubbio non vuole che il pupillo, finchè resta nel medesimo stato d'incapacità, possa ratificare, novare o pagar validamente un debito da lui consentito senza l'autorizzazione del tutore. Ma se una persona terza giudicando

(1) *Dig. 4, 5*, De capit. minut. 2, § 1, e 2, *f. Ulp.*

(2) *Dig. 12, 6*, De condict. indeb. 52, § 1, *fr. Julian.*

(3) Questo non si trova testualmente espresso in diritto romano: può dedursi indirettamente dai frammenti *19, pr.* Pompon. e *40, pr.* Marcian., (*Dig. 12, 6*, De condict. indeb.;) e per argomento *à contrario* da' frammenti *37, Paul.* (*Dig. 46, 1*, De fidej.) e *25* § *1, Afric.* (*Dig. 46, 8, Ratam rem haberi*).

(4) *D. 12, 6*, De condict. indeb. *28, e 60*, § *1, fr. Paul. 46, 8*, Ratam rem hab. *8*, § *1, fr. Venulei.* Prendo con piacere l'occasione di qui citare il lavoro pubblicato da uno degli allievi della nostra facoltà M. Clamageran: *Dissertation sur les obligations naturelles, en droit romain, et en droit francais 1851.*

(5) *Cod. 6, 42* De fideic. 2, *cong. Anton. 6, 50*, Ad leg. falcid. *19*, const. justinian. *Dig. 12, 6*, De condict. indeb. *2*, § *1, f. Ulp. 24, 1*, De donat. inter vir et uxor. *5*, § *15, f. Ulp.*

(6) *D. 12, 6*, De condict. ind. *41, f. Nerat. 44, 7*, De oblig. et act. *59, f.* Licin. Rufin.

(7) *Dig. 12, 2*, De jurejurando *42, pr. f. Pomp. 55, 2*, Ad leg. falcid. *21, pr. f. Paul.* — *36, 2. Quando dies leg. 21*, § *1, f. Papin. 44. 7*, De obl. et act. *43, f. Paul. 46, 2*. De novat. *1*, § *1, f. Ulp. 46, 3*, De solution. *44, f.* Marcian. *95*, § *4, f. Papin. E quì sopra, lib. III. tit. 29* § *3.*

che l'obbligo del pupillo è stato contratto sotto condizioni vantaggiose, viene a garentirlo, e se il pupillo divenuto capace, e valutando ei stesso secondo la propria coscienza la validità della sua obbligazione pensa esser suo dovere mandarlo ad effetto, vi sarà allora una ragione sufficiente per sostenere questi atti di cauzione, di pagamento o di ratificazione volontaria. La presunzione generale cede davanti l'estimazione intima che fanno gl'interessati istessi del caso speciale nel quale si trovano. Beninteso, che in ogni caso il pupillo è obbligato anche civilmente fino alla concorrenza di quanto abbia profittato. È questa una disposizione formale di Antonino il Pio (1).

A riguardo del folle e del prodigo, si potrebbe pensare che dovesse essere altrettanto in quanto alla cauzione data da un terzo, o alla ratificazione e pagamento che farebbero essi stessi dopo esser tornati allo stato di capacità; dappoichè potrebbe avvenire che per eccezione alla presunzione generale, il folle avesse contratto nel lucido intervallo, o il prodigo nei momenti di misura o di buona gestione degl'interessi. Un testo di Ulpiano sembra supporre in fatti, che il lor obbligo potrebbe essere validamente garentito dal fidejussore, e costui in tal caso si metterebbe nella stessa posizione di quella del pupillo (2). Ma lo stesso Ulpiano daltronde ci dice positivamente il contrario, e Gaio dà come certa (*certum est*) la medesima decisione (3). La qual cosa prova che la giurisprudenza romana non era determinata sopra tal punto, e che tendeva piuttosto fino a non riconoscere neppure una obbligazione naturale negl' impegni del folle e del prodigo interdetto.

Le obbligazioni naturali che abbiamo indicate, e alcune altre che possono esistere in altre occasioni meno importanti a notarsi, non tutte producono i medesimi effetti. Se si studia con attenzione la lor natura, si arriverà facilmente a riconoscere che gli effetti generali da noi designati (p. 78), i quali possono riassumersi nelle cinque idee seguenti: eccezione e compensazione, cauzione, pagamento, novazione, ratificazione, non s'incontrano tutti riuniti che in qualcuna di siffatte obbligazioni naturali, segnatamente in quelle risultanti dai patti, in quelle dello schiavo, o di persone contrattanti insieme, benchè sommesse ad un medesimo capo; mentre nella maggior parte delle altre, non può essere quistione d'eccezione o di compensazione, ed in alcune neppur di fidejussore, o di ogni altra garentia accessoria; e il pagamento, per non poter esser ripetuto, ha bisogno di esser fatto scientemente.

Da ultimo bisogna ricordarci, che nei casi di convenzioni proibite, secondo abbiam detto innanzi (p. 200) non vi è neppure obbligazione naturale. Fa d'uopo in questa categoria annoverare l'impegno del figlio prendendo ad imprestito del denaro malgrado la proibizione del Senatoconsulto Macedoniano? (Qui sopra, lib. IV. tit. VII. §. 7). I testi contengono la negativa, dappoichè havvi in questi casi una obbligazione naturale (*naturalis obligatio manet*) (4), e se dopo la morte del padre, l'ex figlio di famiglia divenuto *sui juris* paga in tutto o in parte, non potrà più ripetere (5); ben diversamente in ciò dalla donna che in seguito della sua intercessione avrebbe pagato contrariamente al sentaconsulto Vellejano. Il motivo della differenza viene da ciò, che la proibizione del senatoconsulto Velleiano è fatto nell'interesse della donna istessa, a fin di proteggerla; mentre quella del senatoconsulto Macedoniano è fatta, non in favore, ma contro il figlio e il suo prestatore, nello scopo unicamente di proteggere il padre (6).

Le obbligazioni naturali si estinguono non solo pe' diversi modi che estinguono le altre obbligazioni, ma anche pe' semplici modi naturali, tali che il patto *de non petendo*, ovvero la transazione; e come non eran sostenute che da un legame di equità, sufficiente per dissolvere questo legame, così esse svaniscono allora, non *exceptionis ope*, ma *ipso jure*: fino ad un punto tale che con esse svaniscono anche le obbligazioni civili dalle quali potevano esser garantite, come le fidejussioni (7).

---

(1) *Dig. 26, 8*, De auctor. tutor. *5, pr. fr. Ulp. 12, 6*. De condict. indeb. *13 f. Paul*,

(2) *D. 46*, 1. De fidejuss. *25, f. Ulp.*

(3) *Ivi 70*, § *4, f. Gai.* — *45, 1*. De verb. oblig. 6, *f. Ulp.* — Non si può risolvere la difficoltà, distinguendo tra il caso in cui il fidejussore ha riconosciuto e quello in cui ha ignorato lo stato di follia o d'interdizione: le decisioni di Gaioe d'Ulpiano sono assolute.

(4) *D. 14, 6*. De senat. Maced. *10 f. Paul.*

(5) *Ivi 7*, § *16, e 9 pr. e* § *4, f. Ulp.*

(6) *D. 42, 6*. De cond. indeb. 19, *pr. f. Pompon. e 40, pr. f. Marcian.*

(7) *D. 46, 3*. De solution. *95*, § *4, f. Papin.* — *12, 2*. De jurejur. *42, pr. f. Pompon.*

REASSUNTO DEL LIBRO QUARTO.

(TITOLO I. A V.) — DELLE OBBLIGAZIONI.

OBBLIGAZIONI CHE NASCONO DA UN DELITTO.

Il delitto in diritto romano non consiste in ogni fatto nocivo ed illecito commesso con rea intenzione. Perchè vi sia delitto è necessario che il fatto nocivo di che si tratta sia specialmente preveduto, e caratterizzato come tale dalle leggi, e che un'azione particolare vi sia stata attribuita. Di tal fatta sono il furto, la rapina, il danno specialmente preveduto dalla legge Aquilia, l'ingiuria.

FURTO

Il furto è l'involamento fatto con frode di una cosa per trar vantaggio o dalla cosa medesima, o solamente dall'uso, o dal possesso di quella. Esso può cader solamente sulle cose mobili. Vien distinto in furto manifesto e non manifesto. Le specie di azioni particolari ne'casi di furto *conceptum*, *oblatum*, *prohibitum*, e non *exhibitum* non esistono più sotto Giustiniano. Molte azioni nascono dal furto: l'azione di furto (*actio furti*), la *condictio furtiva*, oltre la rivendicazione, e l'azione *ad exibendum* che possono aver luogo. L'azione di furto è un'azione penale pel quadruplo nel caso di furto manifesto, secondo la legislazione pretoria; e pel doppio nel caso di furto non manifesto, secondo la legge delle XII Tavole. Il doppio o il quadruplo non si deve intendere del valore materiale della cosa, ma dell'interesse che avea l'attore che la cosa non gli fosse rubata (*quod actoris interfuit*). Quest'azione si dà a colui che avea interesse che il furto non accadesse: così più persone possono intentarla nel medesimo tempo, per esempio il nudo proprietario, l'usuario, e l'usufruttuario, ciascuno secondo il proprio interesse. Egli è anche possibile che il proprietario non abbia quest'azione, per esempio se quegli nelle cui mani fu rubata la cosa gliene dovesse rispondere. La *condictio furtiva*, la rivendicazione, l'azione *ad exhibendum* appartengono sempre al proprietario della cosa. Queste gli son date per domandare la restituzione della sua cosa per via della *condictio* contro il rubatore, come personalmente tenuto a restituirla, e per via della rivendicazione, o dell'azione ad *exhibendum* contro qualunque possessore. E però si dice che queste azioni son *persecutorie* della cosa. L'azione *furti* è indipendente dalle altre, e si cumula con esse; non è lo stesso delle azioni *persecutorie* della cosa; perciocchè ottenuta la restituzione per una di esse, cessano tutte le altre.

AZIONE DE'BENI RAPITI PER VIOLENZA.

L'azione de'beni rapiti per violenza (*vi bonorum raptorum*) è stata introdotta dall'editto del pretore. Essa del pari che quella di furto ha luogo solamente per le cose mobili. Si dà pel quadruplo nell'anno dal delitto comprendendovi il valore della cosa, e dopo l'anno pel semplice valore. Essa è nel tempo medesimo penale e persecutoria della cosa, giacchè il valore della stessa è compreso nel quadruplo, per maniera che la pena è soltanto del triplo. Il fatto della violenza non toglie che vi sia stato furto, e però la parte interessata ha la scelta dell'azione che le torna più vantaggiosa, dell'azione *furti*, o di quella *vi bonorum raptorum*.

LEGGE AQUILIA.

La legge Aquilia sul danno cagionato a torto *damnum injuria datum* conteneva tre capi. Il primo relativo a chi avesse ucciso a torto (*injuria*) uno schiavo, o un animale quadrupede di quelli che pascolano in greggi. La legge dà contro di lui un azione per maggior valore che la cosa ha potuto avere nell'anno precedente al delitto. Il secondo capo era relativo all'*adstipulator* che avesse liberato il debitore

per l'accettilazione, ed estinto così il credito in frode dello stipulante. Il terzo capo era relativo al danno cagionato a torto per la distruzione di qualsivoglia cosa diversa da uno schiavo e da un animale quadrupede, di quelli che sogliono pascolare in greggi; come pure per la lesione, guasto o rottura di qualsivoglia cosa. La legge dà contro il reo un'azione pel maggior valore che la cosa ha potuto avere ne'trenta giorni prima del delitto. Si dee distinguere dall'azione *diretta* della legge Aquilia l'azione *utile* (*utilis Aquiliae*), e l'azione *in factum*. L'azione diretta ha luogo soltanto quando il danno è stato arrecato *corpore, et corpori*. Se manca la prima di queste condizioni si può esercitare l'azione utile della legge Aquilia. Ma quando manca la seconda, cioè quando il danno non consiste nella lesione, nel guasto di un corpo non vi è mai luogo nè all'azione diretta, nè all'azione utile della legge Aquilia, ma solamente all'azione *in factum*.

INGIURIE.

La parola *injuria* nell'azione *injuriarum* si prende nel senso particolare d'un oltraggio o villania (*contumelia* dal verbo *contemnere*). L'ingiuria può aver luogo per via di fatti e di parole; ma non mai senza l'intenzione d'ingiuriare da parte di colui che la commette. Si riceve ingiuria o direttamente per se medesimo, o per mezzo di altre persone poste sotto la nostra potestà, o sotto la nostra protezione. Così il capo di famiglia si trova ingiuriato nella persona de'suoi figliuoli, ma solamente di quelli che ha sotto la sua podestà, ed il marito nella persona di sua moglie, quantunque non l'abbia *in manu*. In questi casi vi ha tante azioni, e condanne distinte quante sono le persone ingiuriate. La pena dello ingiurie era stata stabilita dalla legge delle XII Tavole le cui disposizioni non sono più in vigore; di poi dal diritto pretorio, e dalla legge *Cornelia*, ma solamente in alcuni casi particolari determinati da questa legge. Pel diritto pretorio l'attore valuta la riparazione che domanda per l'ingiuria, salvo al giudice la facoltà di conceder meno. L'ingiuria può essere più o meno grave secondo il fatto, il luogo, o la persona ingiuriata. Di siffatte cose si dee aver conto nella valutazione della pena.

L'azione d'ingiuria si estingue per la dissimulazione (*dissimulatione*) cioè per la remissione, per l'abbandono tacito, che sembri esserne fatto, se alcuno non ha mostrato alcun risentimento dell'ingiuria al momento medesimo che l'ha ricevuta. Nel caso contrario si prescrive per un anno, se in questo termine non si è agitato. Ovvero se l'offeso è morto senza averla intentata. Del resto tanto pel caso d'ingiurie, che per gli altri delitti nulla impedisce di agire o civilmente o criminalmente, se vi ha luogo, secondo che torna meglio all'offeso.

OBBLIGAZIONI CHE NASCONO DA UN QUASI DELITTO.

Allorchè i fatti nocivi ed illeciti non sono stati caratterizzati dalla legge come delitto, e provveduti a questo titolo di un'azione propria e speciale possono dar luogo ad un'azione generale e comune, l'azione *in factum*. Allora dicesi che l'obbligazione nasce quasi da un delitto (*quasi ex delicto*), donde è venuta nel linguaggio moderno l'espressione di *quasi-delitto*. Tali son per esempio i casi del giudice che ha fatto sua la lite (*qui litem suam fecit*); del capo di famiglia risponsabile de'guasti cagionati da ciò che è stato gittato o sparso dalla sua abitazione (*de dejectis et effusis*); di colui che ha sospeso o posto degli oggetti in un modo pericoloso sulla via pubblica (*de periculose positit et suspensis*); in fine del capitano di nave, e delle oste, contro i quali si dà azione pei furti, o altri danni frodolenti commessi nella nave o nell'osteria da alcuna delle persone che vi sono impiegate.

SORGENTE DELLE OBBLIGAZIONI NATURALI.

Fra queste cagioni ve n'ha di quelle che si attengono al carattere particolare del diritto romano, e per conseguenza sono specialmente proprie a questo diritto. Tali son quelle che stanno alle regole rigorose del diritto romano su'contratti: obbligazioni naturali provenienti da semplici patti; ovvero alle regole rigorose sulla condizione delle persone: obbligazioni naturali tra persone, le quali benchè facciano parte della stessa famiglia, contrattano insieme.

Ve ne ha altre che non stanno alle particolarità del diritto romano, ma che sono fondate sopra considerazioni più generali, suscettive di applicazione anche al di fuori di questo diritto. Esse si presentano nel caso in cui la legge civile, considerando come nulle o come estinte talune obbligazioni, in virtù di presunzioni generali desunte da quello che più comunemen-

te avviene, le parti interessate riconoscono nondimeno nella lor coscienza, che la presunzione si trova smentita a lor riguardo, e che l'obbligazione debba aver effetto: obbligazioni naturali nel caso di prescrizione o di sentenza assolutoria: obbligazione naturale dell'erede, eseguendo le disposizioni irregolari, a fine di meglio adempiere le intenzioni del defunto, o eseguendole senza far le ritenute cui avrebbe diritto, obbligazioni naturali del pupillo; relativamente al folle ed al prodigo, la giurisprudenza romana, comechè incerta, pure parea che tendesse a non riconoscere obbligazioni naturali.

Non Tutte le obbligazioni naturali producono gli effetti riuniti per queste sorte di obbligazioni: possibilità di eccezione, o di compensazione, validità della cauzione, del pagamento, della novazione, della ratificazione. Ve ne ha di quelle che le producono tutte: son specialmente tali quelle segnate nella nostra prima categoria. Ve ne ha altre nelle quali non può esser quistione nè di eccezione nè di compensazione: tali sono quelle della seconda. L'effetto di quest'ultima sorta di obbligazioni naturali, si limita a servire di causa sufficiente per sostener la cauzione, e il pagamento, la novazione, o la ratificazione, quando sono state scientemente fatte.

TITULUS VI.

DE ACTIONIBUS.

TITOLO VI.

DELLE AZIONI (1).

L'idea generatrice di giò che appellasi azione nella lingua del dritto ci è di già nota (Esposiz. *Gener. del diritto Rom.* n.° 83.

Essa si deduce da questa riflessione: che il diritto per se medesimo è una regola inerte, che per dargli movimento è mestieri di un potere, e per mettere in atto questo potere si richiede un procedimento. E però in ogni società, in ogni tempo, e per ogni specie di diritto si trovano queste tre parti costitutive ed indispensabili: 1° il diritto; 2° l'organizzazione delle giurisdizioni, e de'poteri diversi, che concorrono all'esercizio dell'autorità giudiziaria; 3° la procedura.

L'azione (da *agere* operare) nel senso proprio e naturale della parola è il ricorso all'autorità per far valere i suoi diritti in una maniera qualunque, sia dimandando, sia difendendosi contro una domanda; l'atto medesimo del ricorrere ad un potere a questo fine istituito.

In seguito alcune figure di lingua vengono a dare alla parola varie altre significazioni. Così in un senso figurato azione non è più l'atto medesimo, ma il diritto di fare quest'atto; cioè il diritto di formare questo ricorso all'autorità.

Finalmente in un terzo senso figurato come il secondo non è più nè l'atto medesimo, nè il diritto di fare quest'atto, ma il modo che a tal fine vi si appresta, la forma, che si è indicata per esercitare questo ricorso.

Ecco dunque tre differenti significazioni per la parola azione: nella prima l'azione è un fatto; nella seconda, un diritto; nella terza, un modo, una forma. Tutte e tre queste significazioni sono usate nella lingua giuridica. Per esser d'accordo sulla definizione bisogna dunque cominciare a mettersi d'accordo intorno alla significazione che a tal parola si vuole attribuire.

Fin quì noi parliamo fatta astrazione dal diritto romano, riguardando le cose in se medesime secondo la ragione universale, e nella loro più ampia estensione. Di poi ciascuna legislazione viene ad apportare le sue specialità. Sicchè nel diritto romano oltre le significazioni generali che sono vere da per tutto e sempre, troveremo per la parola *actio* al-

(1) La materia delle azioni in diritto romano dopo i nuovi documenti forniti su questo punto dal manoscritto di Gaio è stata di già esaminata da tanti scrittori alemanni, sia in trattati generali, sia in libri speciali, o in monografie, che già comincia ad esser soverchiamente ingombrata. TIGERSTROEM (1826), HEFFTER e KELLER (1827), ZIMMERN (1829), MAYER (1830), BECHMANN HONWEG (1834), REIN (1836), WALTER, di cui il LABOULAYE ci ha data un'eccellente traduzione, e BACHOFEN (1840), in ultimo luogo e sopra tutti gli altri PUCHTA; tra i nostri il BONJEAN (1838 e 1841): tali sono gli autori principali a citare su tal materia.

Tuttochè io profitti delle opere di que' che m'han preceduto con quella maggiore brevità che la natura del mio lavoro richiede, pure a due punti mi son più specialmente fermato: il primo è di ricercare, e di far vedere come i diversi sistemi di procedura romana, e le particolari istituzioni che vi si riferiscono sono generati successivamente gli uni dagli altri; il secondo è di dar la maggior possibile chiarezza a queste materie sovente oscure, e di riassumerle per ciascuna epoca in alcuni quadri complessivi.

cune altre significazioni tecniche più o meno ristrette che han variato secondo le epoche e secondo i diversi sistemi di procedura.

Questi sistemi, come sappiamo, son tre: quello delle azioni della legge (*legis actiones*); quello della procedura per formole (*per formulam*), detta eziandio ordinaria (*ordinaria judicia*); e da ultimo quello della procedura straordinaria (*extraordinaria judicia*). Ciascuno di essi presenta questo doppio studio a fare: 1.° l'organizzazione delle giurisdizioni, e de' differenti poteri, che concorrono all'esercizio dell'autorità giudiziaria; 2.° la forma di procedere. Noi abbiamo già delineato il carattere particolare e svariato di questi tre sistemi, ed abbiam dato le nozioni più generali che vi si riferiscono (*Esposiz. Gener del dr. rom.* p. 53 e seg. *Hist. du droit rom.* in più luoghi, e segnatamente n. 28, 33 a 38; 46 a 48; 52 e 75). Ora è mestieri discendere in qualche particolare; evitando il più che si può le ripetizioni.

PRIMO SISTEMA.

Delle azioni della legge (*legis actiones*)

Origine e carattere generale di questo sistema.

Questo sistema è quello che apre la storia del diritto romano. Esso rimonta alle prime origini nazionali, e contiene in un alto grado i diversi caratteri d'una civiltà grossolana e nella sua infanzia: il simbolismo materiale, un rituale di pantomime e di parole consacrate, la dominazione patrizia, e l'influenza pontificale. Esso ha regnato esclusivamente pe'cittadini per più di cinque secoli e mezzo (dalla fondazione di Roma, seguendo la sua cronologia, fino alla legge ÆBUTIA, nel 577 o 583.). Non per tanto le varie modificazioni che successivamente ha pa patite manifestano nella società romana a misura ch'essa progrediva una tendenza sempre più evidente di francarsene. Mentre che esso esclusivamente regnava ancora sui cittadini, una giurisdazione stabilita per gli stranieri (la giurisdizione del pretore peregrino a cominciare all'anno 507 di R.) dava gradatamente origine al sistema che dovea più tardi prendere il suo luogo. Da ultimo esso cadde per per l'odio popolare (in forza della legge *Æbutia*) non già tutto in un tratto, in tutto le sue parti, ma a poco a poco; conservato per lunga pezza ancora in vestigio, sia realmente in alcuni casi eccezionali, sia per finzione in alcuni atti simulati. Quest'ultima traccia non fu interamente cancellata che sotto Giustiniano. Di maniera che tra il sistema delle azioni della legge, ed il sistema formolario che venne dopo quello non vi è una separazione di tempo repentina ed assoluta, ne vi è dall'uno all'altro una successione immediata, ed una radicale trasmutazione. Essi si fondono l'uno sull altro, e le vestigia dell'uno si estendono ancora sotto il regno dell'altro. Il medesimo è da dirsi eziandio del terzo sistema, il quale da ultimo rimase solo, cioè di quello della procedura straordinaria.

La parola azione in questa frase: azioni della legge (*legis actiones*), indica una specie di procedura considerata nel suo complesso. Così quando si dice, che vi ha cinque azioni della legge, ciò vuol dire; che vi ha in questo sistema cinque sorte di procedure determinate e sacramentali.

Noi sappiamo che queste cinque azioni della legge sono: l'*actio Sacramenti*, la *judicis p stulatio*, la *condictio*, la *manus injectio*, e la *pignoris capio* (1). Esse non son classificate, così ordinate, secondo la loro destinazione; le tre prime sono tre forme differenti di procedere per giugnere alla decisione di una lite, e son veramente forme di giudizio; le due ultime sono più particolamente forme di esecuzione forzata. Tra tutte *l'actio sacramenti*, e la *manus injectio* sono senza dubbio le più antiche; esse presentano la forma della lite, e la via d'esecuzione d'tempi primitivi. La *condictio* è la più recente tra le cinque, essa è posteriore di due secoli alle XII Tavole, mentre le altre quattro sono ad esse anteriori e vi appariscono ancora in alcuni vestigii (*Hist. du droit rom.* n. 28). Queste date non sono inutili, noi ne trarremo qualche lume per alcuni importanti problemi.

Propriamente parlando per azione della legge non s'intende tutta la procedura, compresavi eziandio quella che ha luogo avanti il giudice fino alla sentenza o decisione della lite, ma solamente il rito consacrato che si osserva innanzi al magistrato (*in jure*), e dopo il quale si fa, se vi è luogo, il rinvio innanzi all'autorità che

(1) *Gai. Com. 4*, § *12*.

deve giudicare. Solo il magistrato ha il potere di presedere all'osservanza dell'azione della legge (*apud quem legis actio est*). E però, siccome la *pignoris capio* era una via di esecuzione, che si praticava non già *in jure* ma fuori la presenza del magistrato, Gaio ci dice esservi stata controversia tra i giureconsulti romani intorno al sapere se la *pignoris capio* fosse veramente un'azione della legge (1).

Non ostante il senso tecnico della parola azione in questa locuzione *azioni della legge*, nelle quali dinota esclusivamente una sorta di procedura consacrata, cioè la forma, il modo messo a disposizione di colui che vuol far valere il suo dritto, non vi ha dubbio che non si possa del pari anche sotto questo primo sistema dare alla parola azione, generalmente usandola, le altre due significazioni che le appartengono: quella del fatto, o quella del dritto. Così quando Gaio costantemente ci dice: « *Lege agimus sacramento, per judicis postulationem, per condictionem, per manus injectionem, per pignoris capionem* (2), egli indica il fatto, l'atto medesimo di agire; il *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, *la manus injectio*, *la pignoris capio* non sono che forme adoperate per quest'atto. Parimente quando i giureconsulti romani ci dicono che le azioni *familiae erciscundae*, *finium regundorum*, *de tigno juncto*, *de aqua pluviae*, *in duplum ex causa depositi*, le diverse azioni *furti* e tante altre ancora vengono dalle XII Tavole (3), essi intendono per azione il dritto medesimo di agire e non la forma, giacchè la forma a quell'epoca non poteva esser altra che quella delle azioni della legge, non essendovene verun'altra.

Quì io debbo indicare alcuni principii caratteristici delle azioni della legge che non sono assolutamente veri se non sotto il regime di queste azioni, e che sovente si generaleggiano troppo applicandoli anche a'sistemi di procedura che seguirono dipoi È mestieri di guardarsi fin dal principio da cosiffatta confusione.

La procedura delle azioni della legge è una procedura eminentemente quiritaria, i soli cittadini romani potevano figurarvi (4). Nel secondo, e nel terzo sistema di procedura non è più applicabile la medesima regola (5) Ed io sono anche convinto che appunto l'accrescersi delle relazioni cogli stranieri, e la necessità di render giustizia negli affari in cui quelli avean preso parte, eccitarono, e svolsero i primi germi del secondo sistema di procedura, quello della procedura formolaria.

Nella procedura delle azioni della legge regna il principio che niuno può agire per via di rappresentanti: « *Nemo alieno nomine lege agere potest* (6) » Ciascuno dee di persona, e per suo proprio conto eseguire il rito e pronunziare le parole consacrate. Non vi sono che rare eccezioni successivamente introdotte. Da prima pel popolo (*pro populo*) nelle azioni popolari aperte a tutti; per la libertà (*libertatis causa*) nelle reclamazioni di libertà in favore di colui che è ritenuto in servitù; e dipoi per tre altri casi meno generali, o venuti posteriormente. Sotto il sistema formolario si trovò modo di schivare interamente siffatto principio (7), e sotto il terzo non se ne fa più menzione.

Parimente nelle azioni della legge gli atti e le parole prescritte formano una specie di rito talmente sacramentale, che se si muti una sola di tali parole, se per es. colui che agisce per la recisione delle viti adoperi nella sua azione a dinotar le viti la parola (*vites* in luogo della parola generica alberi (*arbores*) usata dalle XII Tavole, la lite sarà perduta (8).

---

(1) *Gai Com. 4*, §§ *26, 29*.

(2) *Gai. Com. 4*, §§ *12, 20, 21, 26, 31, etc.*

(3) *D. 10, 2*. Fam. ercisc. *1, pr. f. Gai.* — *10, 1*. Fin. regund. *13, f. Gai.* — *47, 3*. De tign. junct. *1, pr. f. Ulp.* — *43, 8*. Ne quid in loco publ. *5, f. Paul.*—Paul. Sent. *2, 12*, § *2*. Ved. anche nella nostra *Hist. du dr.* i fram. delle XII. Tavole con le note che vi si riferiscono.

(4) Tra i diritti comunicati a' Latini si trovava quello di agire per azione della legge (*lege agere*). V. Cic. *Pro Caecin. c. 33*.

(5) *Gai. Com. 4*, § *37*.

(6) *D. 50, 17*. De reg. jur. *123, f. Ulp.*

(7) *Gai. Com. 4*, § *82*. « *Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno*: alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio; cum olim *quo tempore erant* legis actiones, in usu fuisset alterius nomine agere non licere; *nisi* pro populo, et *libertatis causa* » Le Istituzioni di Giustiniano (4. 10, pr.) aggiungono due altre eccezioni: *Pro tutela et ex lege Hostilia* in certi casi di furto. Cicerone ci indica un quinto caso a proposito dell'azione *repetundarum*, che poteva essere intentata da un cittadino, per uno straniero (*Cic.* In Caecil. *c. 4, 16, 20*. — Lex Servilia *c. 4, e 5*). — Da ultimo si può notare che il *vindex* il quale prende la causa del convenuto, e si obbliga di pagare per lui, è per tal modo ammesso ad intervenir per altri nell'azione della legge (Hist. du dr. *tav. 1*, § *4, e tav. 5*, § *3*).

(8) *Gai. Com. 4*, § *11*.

Non è lo stesso nella procedura formolaria, nella quale si ebbe ancora per iscopo speciale di schivare questo rigoroso formalismo (1); nè a più forte ragione nel terzo sistema.

In fine questa massima, che l'azione introdotta che sia una volta, e rigettata per qualsivoglia cagione, per esempio, per un vizio di forma, è estinta di pieno dritto, è definitivamente perduta, e non può esser più riprodotta, questa massima non è assolutamente vera che per le azioni della legge. Essa non è conservata sotto il sistema formolario se non in talune sorte d'istanze, e scomparisce in realtà nel terzo sistema (2).

Per contrario sarebbe un errore l'applicare alle azioni della legge questo principio, che tutte le condanne son pecuniarie, cioè che il giudice, qualunque sia la cosa domandata non possa condannare il succumbente se non ad una somma di danaro. Questo principio è vero soltanto nella procedura formolaria. Esso non esiste ancora sotto le azioni della legge, il cui risultamento è di far ottenere a colui, il cui dritto sarà riconosciuto, l'oggetto medesimo del suo dritto, tranne il caso che ciò non fosse possibile (3). Il principio è ugualmente estraneo alla procedura estraordinaria, se si consideri la natura propria ed originaria di siffatta procedura. Così esso svanisce sotto questo terzo sistema di procedura, senza che si possa ben determinare il tempo della sua sparizione (4).

Poste queste premesse volgiamo ora la mente al primo oggetto che è a considerare: qual'è il potere che si dee mettere in movimento per mezzo delle azioni della legge? In altri termini qual'è l'organizzazione delle giurisdizioni, e de' poteri diversi che concorrono all'esercizio dell'autorità giudiziaria sotto l'impero di queste azioni? Alle nozioni generali che noi abbiam date su quest'oggetto segnatamente (*Espos. Gener. del dr. rom.* p. 59 e seg.) aggiugniamo ora alcun'parti colari.

Organamento del potere giuridico e giudiziario sotto il regime delle azioni della legge.

La prima questione che qui si presenta è quella di sapere, se fin dall'origine nel sistema delle azioni della legge sia stata stabilita quella separazione profonda e caratteristica, che noi abbiamo indicata (*Esposiz. Gen. del dr. rom.* n.° 85) tra il *jus*, ed il *judicium*, il *magistratus*, ed il *judex*, il potere pubblico di giurisdizione, e la missione particolare di decidere sopra una data causa. In altri termini se fin da principio il magistrato pubblico investito della giurisdizione dopo che le solennità dell'azione della legge erano state osservate innanzi a lui, si discaricava della cura di decidere la contesa, dando questo carico ad un giudice privato ch'egli dava alle parti per la loro causa soltanto, ovvero se egli medesimo la giudicava?

Non si può dubitare dell'esistenza di questa separazione in una certa epoca del sistema delle azioni della legge. Così le due azioni della legge *per judicis postulationem*, e *per condictionem* consistono precisamente nella destinazione di un giudice. La questione dunque non rimane se non per la più antica azione della legge, per l'azione *sacramenti*. Ed in quanto a ciò noi sappiamo egualmente da Gaio, che anche nel *sacramentum* una certa legge Pinaria, della quale noi non abbiamo altrimenti notizia, avea stabilite delle regole relative alla destinazione del giudice. Ma, primo dubbio: questa legge Pinaria avea soltanto disposto intorno al termine nel quale il giudice dovea esser dato, o avea essa medesima per la prima volta introdotto l'uso della dazione del giudice (5)? Secondo dubbio: qual'è la data di questa legge?

Checchessia di questi due punti, quel

(1) *Ivi* § *50*.

(2) *Ivi* § *108*. « *Alia causa fuit olim legis actionum. Nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat* ».

(3) *Gai. Com.* 4, § *48*. « *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque... judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat*, (sed) *aestimata re, pecuniam eum condemnat*.

(4) La regola che la sentenza del giudice è o di una somma di danaro, o della cosa medesima che è reclamata, è stabilita nelle Instituzioni di Giustiniano 4, 6, § 32: « *Curare autem debet judex ut... certae pecuniae* vel rei *sententiam ferat* ».

E nel Cod. di Giustiniano 7, 4. *De fideic. libert.* 17, una costituzione di Giustiniano ci dimostra che a quel tempo questo era diritto costante e da lunga pezza stabilito, giacchè l'imperadore non crede che in un dato caso particolare vi possa essere un giudice così stupido da sostituire una condanna pecuniaria all'oggetto medesimo della domanda.

(5) Ecco il frammento di Gaio, il quale descrive le forme dell'azione *sacramenti* (Com. 4, § 15): « *Ad judicem accipiendum veniebant, postea* vero *reversis dabatur... XXX judex* (il senso è pro ba-

che vi ha di certo è che la legge delle XII. Tavole anche ne'frammenti che son pervenuti fino a noi, nella sua famosa formola SI IN JUS VOCAT, ed in molti altri (*Hist. du dr.* n. 26 tab. 1 § 1; tab. II § 2: tab. III § 2; tab. VII. § 5; tab. IX. § 3.; tab. XII. § 3.) porta la traccia innegabile della formale distinzione tra il *jus* ed il *judicium*, tra il magistrato, ed il giudice o arbitro, come di cosa non nuova, ma già preesistente. Adunque rimane fermo e fuor di dubbio che questa distinzione e di una remotissima antichità nelle origini del dritto romano; che tutto al più si potrebbe muover dubbio sui tempi primitivi, e quasi favolosi, intorno ai quali ci manca ogni specie di documenti. Ed anche per questi primi tempi io sono indotto a credere, che il magistato, il *Rex* poteva, secondo il caso, come evidentemente fu praticato in appresso, o terminare egli medesimo la faccenda col suo potere, o darla a giudicare ad un giudice. E così potrebbesi spiegare il dire degli storici, i quali, bisogna convenirne, dicono del re che egli rendeva da se medesimo la giustizia in tutte le sue parti (1).

Ciò posto vediamo quali erano i magistrati, e quali i giudici nel tempo delle azioni della legge.

L'uffizio del magistrato, nella nostra materia, vien caratterizzato, dicendo ch'egli ha la *jurisdictio*, e l'*imperium*. La *jurisdictio*, cioè la dizione, la dichiarazione del dritto in tutte le varietà d'attribuzione che può comportare, sia in generale, e per tutti, come per la pubblicazione degli editti, sia tra i particolari nelle cause private. Queste tre parole *do*, *dico*, *addico* ne sono il reassunto (2). L'*imperium*, cioè il potere di comandare e costringere, il dritto di disporre della pubblica forza, per mettere i suoi ordini ad esecuzione. La *jurisdictio* propriamente detta non è scompagnata da un certo *imperium*, e vi ha un gran numero di atti, che dipendono in un tempo medesimo dall'uno e dall'altro. Questo potere inerente alla giurisdizione civile addomandasi *imperium mixtum* per contrapposto del *merum imperium*, o dritto di punire i delinquenti, il quale eziandio va congiunto alla *cognitio* in materia penale (3). Benchè quest'analisi, e queste diverse distinzioni non sieno state svolte dai giureconsulti romani se non tardi, ed a misura che la scienza del diritto si è venuta formando, pure la sostanza esiste di già sotto il regime delle azioni della legge. Così nelle liti le solennità delle azioni della legge si eseguono innanzi al magistrato (*in jure*), egli dice il diritto in molte svariate forme, egli da il giudice alle parti, e l'investe della sua missione, egli comanda e dispone dei mezzi di costringimento, ed a lui bisogna ritornare per l'esecuzione della sentenza.

Nell'antichità del diritto, nell'epoca eminentemente patrizia, e sacerdotale, il collegio de' pontefici ha esercitato nelle azioni della legge una parte importante, la quale noi non possiamo precisamente definire. La sua influenza apparisce manifestamente e nell'antica azione del *sacramentum*, e nelle *pignoris capio* (*Esposiz. Gener. del dr. rom.* n. 98) Anche pel tempo posteriore alle XII Tavole Pomponio ci dice: « *Et actiones apud collegium pontificum erant* ». (4) Noi sappiamo che i

---

bilmente *die trigesimo*) *idque* per legem *Pinariam* factum est; *ante eam autem legem... dabatur judex* ». Questa malaugurata lacuna di una sola parola lascia dubbia l'idea. Vuolsi ella riempiere secondo HEFFTER con la parola *nondum*? Allora il senso sarà che prima della legge PINARIA non si dava ancora il giudice nell'azione *sacramenti*. Vuolsi con la parola *confestim* secondo il BUTTMANN, o con la parola *statim* secondo HOLLWEG, all'opinione del quale si accosta il BLONDEAU? ed allora il senso sarà che prima della legge Pinaria il giudice si dava incontanente, senza attendere il trentesimo giorno.

(1) Cic. nel suo trattato della Repubblica, V. 2. dice positivamente parlando dell'epoca de' re: « *Nec vero quisquam privatus erat disceptator, aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regiis* ». Egli dice nel suo trattato delle leggi III. 3, parlando del pretore: « *Juris disceptator qui privata judicet judicarive jubeat, prætor esto* ». Ved. anche Dionigi d'Alicarnasso pag. seg: nota 1.

(2) VARRONE *De lingu. lat. V. 4.* — MACROB *Sat. 1. 16.* — OVID. *Fast. 1. v. 47.* — *Do*, dare un'azione, un possesso di beni; *dico*, dire il diritto, emettere degli editti, degl'interdetti; *addico*, attribuire per la *dizione* del diritto una proprietà, un giudice alle parti — V. quest'ultima espressione nelle XII Tavole *Hist. du dr. rom. n. 26 tab. 1*, § 7.

(3) Ulpiano si esprime a questo modo sulla *jurisdictio*, e sull'*imperium*; « *Jus dicentis officium latissimum est: nam et bonorum possessionem dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutor si constituere, judices litigantibus dare* ». *D. 2, 1.* De Jurisdict. 1, *f. Ulp.* — « *Imperium autem aut merum, aut mixtum est. Merum imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia* » *Ivi 5, f. Ulp.*

(4) « *Omnium tamen harum (leg. XII. Tab.) et interpretandi scientia, et actiones apud collegium pontificum erant: ex quibus constituebatur*

scegliere il loro giudice (*judicem sumere*), o almeno di ricusare senza allegarne la ragione quello che loro è proposto (*judicem recusare, ejerare, rejicere*), se non vogliono accettarlo. Sicchè la città nomina il magistrato, le parti scelgono il loro giudice. (*Esposiz. General. del dr. rom.* n.° 95.) I nostri antichi, dice Cicerone, han voluto che per cause di quanto si voglia lieve momento non si dia altro giudice che quello di cui le parti sien convenute tra loro (1): tanto se l'attore, secondo che comunemente si usa, lo proponga (*judicem ferre*), ed il convenuti lo accetti, quanto se la proposta venga dal convenuto, o anche dal magistrato. In caso di dissentimento, se ciascuno rimanga fermo nella sua proposta, si può congetturare che si dovesse aver ricorso alla sorte (2), ovvero che si procedesse per via di eliminazione, essendo le parti obbligate sopra un certo numero che il magistrato ad esse presentava, di scegliere indirettamente, ricusando tutti quelli che non volessero (3). Convenuto che si era intorno al giudice, o accettato che si fosse, il magistrato lo attribuiva alle parti (*judicem addicere*). Questi non poteva ricusarsi senza una legittima scusa, giacchè quest' ufficio era un carico pubblico (4).

Il collegio de' centumviri, al quale appartengono i decemviri fu, come abbiamo già osservato, un notabile miglioramento per francarsi dal monopolio giudiziario de' patrizii. E o si voglia la creazione di tal collegio attribuire alla reazione di Servio Tullio, contro l'aristocrazia di razza, o abbia essa avuto luogo più tardi a seconda de' progressi politici de' plebei, questa è un istituzione democratica. I centumviri sono eletti annualmente ed indistintamente in ciascuna tribù: la plebe perviene all'autorità giudiziaria; il collegio è permanente, i suoi membri sono eletti, ed annuali. Essendo questo un tribunale eminentemente Quiritario, innanzi ad esso sta piantata la lancia (*hasta*) simbolo della proprietà romana. La sua competenza si estende a tre punti: quistioni di stato, quistioni di dominio, *ex jure Quiritium*, e de' suoi smembramenti, quistioni di successioni testamentarie o *ab intestato*: di maniera che fintanto che esso si mantenne in vigore e conservò la sua esclusiva competenza non rimasero più a' giudici o arbitri che le quistioni di obbligazioni, e di possesso. Il collegio dei centumviri non conosce altra procedura che quella delle azioni della legge, e tra queste la sola che per esso si può applicare è l'azione *sacramenti*, perciocchè nelle altre due si tratta della dazione di un giudice. Compiute le solennità dell'azione innanzi al magistrato, le parti son rinviate pel giudizio innanzi a' centumviri, dai quali tornano di nuovo al magistrato per l'esecuzione. Il carattere e l'importanza politica del collegio centumvirale, soprattutto la sua popolarità plebea hanno portato nella storia della procedura questo fenomeno particolare, che quando il sistema delle azioni della legge verso la fine del sesto secolo di Roma cadde sotto il peso della pubblica disapprovazione, il tribunale centumvirale ne salvò buona parte. In fatti questo tribunale, il quale si trovava ben corrispondere alle istituzioni della repubblica, rimase in voga, e siccome esso non comportava altra procedura che quella delle azioni della legge, e dell'azione *sacramenti* tra queste, così anche nella sua decadenza posteriore e progressiva perpetuò fin quasi ai tempi del Basso Impero l'uso di quest'azione della legge in mezzo alle nuove forme di procedura, e ne conservò le vestigia fin nella pratica dell'epoca imperiale (5).

Quanto ai ricuperatori (*recuperatores*) noi crediamo questa istituzione essere già stata introdotta sotto il regno delle azioni della legge (6), ma portiamo avviso non esser consentanea al regime di queste azioni, ma anzi contraria. Questa è una di

---

arbitri puramente volontarii che le parti han sempre la facoltà di scegliersi per compromesso da quella classe che loro piace.

(1) Cic. *Pro Cluent. c. 43.* « *Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset* ».

(2) Plin *Hist. nat.* praef. « *Plurimum refert sortiatur aliaquis judicem an eligat* » *Argum. di Cic. in Verr. III. 13 e 14.*

(3) *Argum. di* Cic. *In Verr. II. 31; III. 2.*

(4) *D. 5, 1.* De judic. *78, fr. Paul.* « *Judicare munus publicum est* » — *50, 5. De* vacat. et excus. mun. 13, § 2. *fr. Ulp.* » *Qui non habet vacationem, etiam invitus judicare cogitur* ».

(5) Io non ripeto i particolari che già ho esposti relativamente al collegio centumvirale ed alla sua divisione in quattro consigli o sezioni (*concilia, tribunalia, hastae*), nè sulle fonti e le pruove che ho già citate nella mia *Hist. du droit. n. 56,*

(6) Si fa menzione di ricuperatori in Plauto, per conseguenza verso la metà del sesto secolo di Roma posteriormente alla creazione del pretore peregrino, e secondo il mio avviso qualche anno prima dell'abolizione delle azioni della legge per la legge Aebutia.

quelle istituzioni che son introdotte per le relazioni con gli stranieri, e che dipendono dall'introduzione del diritto delle genti nel diritto civile, essa è un temperamento non solo pel monopolio giudiziario de'patrizii, ma eziandio pe'principii dello stesso diritto quiritario. Noi riportiamo alla giurisdizione del pretore peregrino il regolare ordinamento dell'uso dei ricuperatori a'quali anche i cittadini ricorrevano; ed appunto in questi ricuperatori noi troviamo la prima origine del secondo sistema di procedura.

In somma nella procedura delle azioni della legge dopo l'adempimento dell'azione quando il magistrato non decide da se medesimo la lite col suo potere, coloro ai quali si rinvia l'affare per esser giudicato, sono da principio unicamente i giudici o gli arbitri presi dall'ordine de'senatori; più tardi viene ad aggiugnervisi il collegio de'centumviri, al quale appartengono i decemviri, e da questo punto mi pare che le regole di competenza tra questi diversi strumenti giudiziarii si possano riassumere in questo modo. Il rinvio delle parti per esser giudicate ha luogo:

Innanzi al collegio de'centumviri, se si tratta di quistioni di stato, di proprietà quiritaria, o di successioni;

Ed innanzi ad un giudice, o innanzi ad uno o più arbitri, se si tratta di obbligazioni o di possesso: il giudice si da più spezialmente per le cause il cui risultato è rigorosamente determinato dal diritto civile; l'arbitrio per quelle che comportano una certa latitudine di valutazione, o che richiedono la cognizione di qualche arte.

Ora non ci rimane più a dire se non poche parole intorno a ciascuna delle azioni della legge in particolare.

AZIONI DELLA LEGGE PER LE LITI

Dell'azione sacramenti

Questa è la più antica delle azioni della legge, la sola che in origine si avesse per far decidere una lite; questa è la vera azione della legge primitiva e quiritaria, quella che contiene nel più alto grado il carattere pontificale e il simbolismo materiale di un'epoca barbara. Le altre due forme di processo per azione della legge le quali venner dopo, la *judicis postulatio*, e la *condictio* non sono altro, a dir vero, che il risultamento degli sforzi fatti successivamente da' Romani per ispacciarsi dal *sacramentum*; un cominciamento di demolizione, piuttosto che una estensione del sistema primitivo; e secondo me tutta la storia della procedura romana si riduce alla storia di questo lavoro di demolizione contro l'azione *sacramenti*. La civiltà progredendo distrugge il simbolismo grossolano, e lo semplifica e spiritualizza sempre più.

Benchè l'azione *sacramenti* sia la più antica, la più materiale, quella alla quale ogni innovazione è venuta a far breccia, pure essa è quella che più lungamente ha durato, che ha lasciato di se più vestigia nel diritto, e che maggiormente importa di studiare. In fatti nel sistema delle azioni della legge essa è il tipo, l'istituzione prima e centrale, le due altre son come due satelliti prodotti da'suoi frantumi, e scomparsi prima di essa. Questa è anche quella che meglio conosciamo (1).

Anticamente quando l'azione *sacramenti* era la sola che esistesse, si adoperava per ogni lite sì di diritti reali di qualunque maniera, e sì di obbligazioni. Le liti in materia di obbligazioni le furono successivamente ritolte per la creazione delle altre due azioni. Nella sua qualità di azione generale essa rimase applicabile a tutte quelle cause che non erano spezialmente assoggettate ad un'altra *legis actio* (2).

Il *sacramentum* propriamente parlando è una somma di danaro eguale per ognuna delle parti, la quale dall'una e dall'altra si depositava in mano de'pontefici in maniera che dovesse restar perduta per la parte che soccumberebbe, e dovesse acquistarsi dal tesoro dello stato (*aerarium*), pel servizio de'sacrifizii pubblici (*sacra pubblica*) (3). L'azione della legge *sacramento* è quella che si compie per

« Quem ad recuperatores modo damnavit Plau-
(sidippus »
PLAUT. *Rudens* atto 5. scena 1, verso 2.

Intorno a queste varie sorte di autorità giudiziarie, giudici, arbitri, centumviri, ricuperatori vedi ciò che ne ebbiamo già detto *Hist. du droit* n. 35, e 36.

(1) Nel manoscritto di Gaio ci son narrati i particolari dell'azione *sacramenti*, salvo una malaugurata laguna, mentre quello che riguarda la *judicis postulatio* manca interamente, e la *condictio* per metà. Gai. Com. 4. §§ 12, e seg.

(2) *Gai. Com. 4*, § 13. « *Sacramenti actio generalis erat, de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat*, de his *sacramento agebatur* ».

(3) Festo *(hoc verbo)*: « *Sacramentum aes signi-*

mezzo di questo deposito. Essa consiste in una provocazione a depositare, ed a rischiare questa somma, la qual provocazione le parti si fanno con parole consacrate dirigendosi uno per volta la parola, come si costuma nelle azioni della legge. Questo è il fondo, la sostanza di tutte le varietà d'applicazione dell'azione *sacramenti*. La legge delle XII Tavole avea stabilito l'ammontare del *sacramentum* alla somma di 500, o 50 assi secondo che l'oggetto della contestazione era di mille assi, e al di sopra, o di minor valore, avendo cura, per non porre ostacoli alle reclamazioni di libertà, di applicare a queste il più piccolo *sacramentum*, quello di 50 assi (1). In appresso le parti in luogo di depositar la somma furono ammesse a farne solo garentire il pagamento da'mallevadori, che il pretore riceveva: questi mallevadori sono appunto quelli che son detti « *praedes sacramenti* » (2).

La decisione della lite stava nel dire che il *sacramentum* di tale, o tal' altra parte era *justum*: dal che veniva come conseguenza contro l'altra parte l'acquisto al tesoro pubblico del suo *sacramentum* dichiarato ingiusto, ed inoltre la perdita dell'oggetto della lite (3).

Questa è la sostanza dell'azione *sacramenti*, ed è ciò che si trova in tutte le sue applicazioni. Quanto ai particolari de'gesti da eseguirsi, delle parole da pronunziarsi, questi variavano secondo i casi diversi. Sotto questo rapporto la distinzione principale e bene spiccata che si presenta è quella che esisteva tra le reclamazioni di proprietà quiritaria, o altri diritti reali, e le domande per adempimento di obbligazioni.

In primo luogo è da studiarsi l'azione *sacramenti* in materia di proprietà quiritaria o di diritti reali di qualunque maniera, perciocchè questo è precisamente il punto che offre il carattere più simbolico e più singolare, il punto che si è mantenuto, ed ha sopravvivuto più lungamente sia in realtà, sia in finzione, e che in fine ha lasciato più tracce nel diritto romano, ed è il meglio conosciuto da noi.

1. *Dell'azione sacramenti nelle reclamazioni di proprietà quiritaria o di diritti reali di qualunque maniera.*

La pantomima in questa materia comincia col simulacro d'un combattimento tra le parti, per la medesima cosa che è presente, e che esse si disputano con la lancia in pugno: si potrebbe dire che i primi civilizzatori si sono sforzati di ridurre a semplice rappresentazione fittizia le realtà brutali di una età ancora in tutto barbara. Il magistrato a questo combattimento che interviene sotto i suoi occhi interpone la sua parola, e comanda che cessi la violenza da amendue le parti. Allora i due avversarii che questo combattimento interrotto ha posti in una condizione perfettamente eguale, e tra' quali non vi ha ancora nè attore, nè convenuto si provocano scambievolmente al *sacramentum*. Ciò fatto si dee dar loro un giudice. Il magistrato secondo che gli pare convenevole per le circostanze, e mediante garantia per la restituzione, decide a chi resterà il possesso provvisorio della cosa per tutto il tempo del giudizio; e quindi rinvia le parti innanzi al giudice che dà loro: questo giudice qui è il collegio de'centumviri. Il litigante al quale è stato attribuito il possesso provvisorio essendo per tal modo costituito *possessor*, l'altro ha innanzi al giudice la parte di attore (*petitor*).

Ecco la generalità; vediamo ora i particolari, le formole, e le denominazioni tecniche.

---

ficat, quod poenae nomine penditur sive ab eo qui interrogatur, sive ab eo cui contenditur... sacramenti autem nomine id aes diei cosptum est, quod et propter aerarii inopiam et sacrorum publicorum multitudinem consumebatur in rebus divinis ». — Varrone de ling. lat. IV, 36: « *Ei pecunia quae in iudicium venit in litibus sacramentum a sacro. Qui petebat et qui inficiebatur, de aliis rebus utrique quingenos ad pontem* (pontifices) *deponebant*; *de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium; qui iudicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat, victi ad aerarium redibat* ».

(1) *Gai. Com. 4*, § *14*. — Vedi anche i passi di Festo, e di Varrone citati nella nota precedente. Pare che al tempo di Gaio ne' casi pei quali l'azione *sacramento* era sopravvivuta, questa somma era ancor la medesima: i 125, sesterzii di che parla Gaio Com. 4. § 95. equivalgono secondo le osservazioni del SAVIGNY a 500 assi.

(2) *Gai Com. 4*, §§ *13, e 16*.

(3) Così Cicerone ci racconta che difendendo la libertà d'una tale Aretina, esaminata e deliberata la faccenda, fu deciso che il suo *sacramentum* era giusto. Cic. *Pro Caecin. 33*. Donde son venute queste espressioni: *sacramentum justum judicare; justo sacramento contendere; injustis sacramentis petere*. Cic. *Pro dom. 29*. De orat. *1, 10, Pro Mil. 27*. — Noi vedremo che più tardi avvenne il medesimo per la *sponsio*, che nella procedura formolaria prese il posto del *sacramentum*.

Le parti son menate innanzi al magistrato *in jure* secondo il modo comune a tutte le azioni. Pare che da prima preliminarmente ciascuna vi espone liberamente e senza formole sacramentali l'oggetto, e le ragioni delle sue pretensioni (1); di poi si procede all'adempimento dell'azione della legge.

Il combattimento simulato si compone della *manuum consertio*, e della *vindicatio*: esso dovea aver luogo in presenza dell'oggetto stesso della lite. Quest'oggetto adunque se era mobile, e facile a trasportare dovea esser menato e portato al tribunale (*in jure*). Una delle parti tenendo in mano una verga (*vindicta*, *festuca*) simbolo della lancia la quale alla sua volta era il segno del dominio quiritario prendeva con una mano l'oggetto contestato, per es. uno schiavo, e con l'altra poggiando su di lui la *vindicta* diceva: « HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM, SICUT DIXI. ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI. L'avversario faceva e diceva altrettanto. Questa era propriamente parlando la *manuum consertio* e la *vindicatio*, dizioni che sovente si adoperano l'una e l'altra per significare tutto il complesso di questa formalità. Anzi Gaio non parla specialmente della *manuum consertio*, la quale sta più particolarmente nell'imposizione simultanea delle mani de'due avversarii sulla cosa litigiosa. Questa violenza giuridica e nominale è quella che Aulo Cellio chiama *vis civilis et festucaria* per contrapposto alla violenza bellicosa d'un combattimento reale (2). Fin qui, come si vede, la parte de'due avversari è eguale; ciascuno, fa egualmente la rivendicazione della cosa, poco monta se sia il primo o il secondo (*qui prior... qui contra vindicat*). Dal nome della verga *vindicta* che rappresenta la lancia (3) son derivate: 1° la parola *vindicatio* data a questa formalità, e per figura di lingua a tutte le azioni reali in generale; 2.° la parola *vindicia*, o *vindiciae* la quale anche dinota nel suo senso primitivo la medesima formalità; e dipoi per figura di lingua la cosa medesima che si rivendica, o il frammento rappresentativo di questa cosa che è portato *in jure*; e di poi, sempre per estensione, il possesso provvisorio di questa cosa, ed infine i frutti percepiti durante questo possesso (4). Dalla *manuum consertio*, e dall'imposizione delle mani sulla cosa litigiosa (*manu asserere*) deriva la parola *assertor* applicata principalmente a colui, che rivendica un uomo alla libertà, *assertor libertatis* (5).

Ma se la cosa litigiosa non era di tal natura che si potesse recare *in jure*, la procedura avea dovuto necessariamente patir qualche modificazione. Da principio il magistrato andava sul luogo medesimo con gli avversarii, e quivi faceasi la *manuum consertio*, e la *vindicatio*. Tuttavia per questi oggetti, soprattutto per gli edifizii, e pei poderi la *manuum consertio* prendeva un carattere particolare. Siccome gl'immobili non poteano prendersi in mano, così il combattimento tra i due avversari consisteva in ciò che l'uno ne scacciava l'altro, e così per forza lo menava al magistrato quivi presente, innanzi al quale ciascuno faceva la *vindicatio*. Questa espulsione che uno de'litiganti faceva dell'altro era quel che chiamavasi la *deductio* (6). Pe'contendenti non era di niuna importanza il fare una parte piuttosto

(1) Questo risulta dalle formole che seguiranno, per le quali le parti interrogandosi a vicenda si riferiscono ciascuna a quello che di già ha detto: « *Sicut dixi, jus peregi* ».

(2) AUL. *Gell. Nott. Att. XX 10.* « *Manum consertere est de qua re disceptatur in re praesenti, sive ager, sive quid aliud esset cum adversario simul mano prendere et in ea re omnibus verbis vindicare... Idque Ennius significare volens ait non ut ad praetorem solitum est agi legitimis actionibus, neque ex jure manum consertum, sed bello ferroque, et vera vi atque solida. Quod videtur dixisse, conferens vim illam civilem festucariam, quae verbo diceretur, non quae manu fieret cum vi bellica et cruenta* » VARRONE *De ling. lat. V. 7*; « *Sic conserere manum dicimur cum hoste* ». È chiaro che Aulo Gellio comprende nel *manum consertere* anche il *verbis vindicare*. Io per me non son convinto di quel che pensano alcuni interpetri che i due avversarii dovessero prendersi le mani l'uno all'altro per simulare il combattimento. Gaio non ne dice nulla, e le parole dello stesso Aulo Gellio *correptio manus in re atque loco praesenti ad conserendam manum in re de qua ageretur... vis festucaria quae verbo diceretur, non quae manu fieret* mostrano che ciò che costituisce la *manuum consertio*, *la vis festucaria* di cui egli parla è il prendere simultaneo della cosa, l'apposizione della *vindicta*, e le parole che l'accompagnano.

(3) La parola *vindicta* non viene ella da *indicare*, *indicta*?

(4) AUL GENN. *Noct. Att. XX. 10.* « *Vindicia id est correptio manus in re atque loco praesenti* « FESTO: « Vindiciae *appellantur res eae, de quibus controversia, de quo verbo Ennius sic ait: Vindiciae olim dicebantur illae* (res) *quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant.*

(5) FESTO: « Sertorem *quidam dictum putant a prendendo, quia cum cuiquam adserat manum, educendi ejus gratia ex servitute in libertatem, vocatur adsertor* ».

(6) In questo modo io spiego la necessità della

che l'altra, essendochè questi atti non erano altro che finte violenze d'un combattimento, che il pretore faceva cessare, e che lasciavano indeciso il dritto (1): Ma in processo di tempo per effetto della estensione del territorio, e della moltiplicità degli affari divenendo impossibile l'accesso del magistrato, si stabilì, dice Aulo Gellio, per tacito consenso e contrariamente alla legge delle XII Tavole che le parti innanzi al tribunale si provocherebbero scambievolmente a recarsi di là sul luogo litigioso per quivi eseguire il combattimento. Questo è ciò che dicesi: *ex iure manum consertum vocare*. Sicchè le parti per comando del pretore vi si recavano accompagnata ciascuna da'suoi testimoni, *utriusque superstitibus praesentibus* (2), quivi si fingeva il combattimento, e per conseguente una delle parti ne era menata *in jure* per una violenza finta, e di convenzione; si avea cura nel medesimo tempo di portare un frammento che rappresentasse la cosa contrastata, come sarebbe una zolla del campo, una tegola dell'edifizio, un pezzo staccato della colonna o anche solamente una ciocca del vello, o del pelo, e su questo frammento si eseguiva la *vindicatio* innanzi al magistrato (3). Questa è la *deductio quae moribus fit* (4). Da ultimo la cosa si ridusse anche a maggior semplicità: le parti per evitare un doppio viaggio poterono anche prima di comparire in Roma innanzi al tribunale recarsi da se medesime sul luogo litigioso, e quindi facendo anticipatamente la *deductio* convenuta, e provvedute del frammento rappresentativo della cosa venivano in *iure* avanti al pretore, ed oramai l'andata al luogo litigioso ed il ritorno si eseguiva con le sole parole, e con finte pantomime, senza, uscir dal tribunale. In tale stato trovavasi la procedura al tempo di Cicerone, ed in questo stato appunto egli sì piacevolmente la volge in derisione in uno de' suoi tratti spiritosi e faceti, nel quale ci ha tramandato talune parole sacramentali che si pronunziavano (5). Quanto a Gaio, è da notare ch'egli non parla più della *deductio*, ma solamen-

---

deductio per gl'immobili, e per tutti gli oggetti che non si possono trasportare. Questa è un altra forma del combattimento, perchè la lotta per questi oggetti non sta nel prenderli, ma nel cacciarsene a vicenda.—WALTER allega per ragione di questa *deductio* che siccome il pretore non era sul luogo al momento del combattimento simulato per metter pace, così la violenza si reputava durare fino a che uno di esse menato innanzi al suo tribunale. (V. la traduz. di LABOULLAYE c. 3, p. 26). In questo sistema la *deductio* non sarebbe stata immaginata e praticata se non all'epoca che il pretore cessò di recarsi sul luogo con le parti. — BACHOFEN (*De Rom. judiciis* civ. Gotting. 1841 p. 76) attribuisce la *deductio* alla necessità che le parti fosser costituite in una posizione eguale. In conseguenza per gl'immobili, siccome vi avea un possessore, bisognava che questi ne fosse espulso, e menato *in jure*. In questa opinione la differenza starebbe non tra gli oggetti che si possono, e quei che non si possono trasportare, ma tra i mobili o gl'immobili. L'autore in sostegno della sua opinione invoca per analogia la differenza tra i mobili e gl'immobili degl'interdetti *utrubi*, e *uti possidetis*. In questo sistema si dovrebbe sempre menar via (*deducere*) il possessore, e non già l'una o l'altra parte indifferentemente, come noi deduciamo dai fonti. — Del resto qualunque sia la spiegazione che si voglia dare de' motivi della *deductio*, si è generalmente d'accordo sopra al diffinire che cosa sia questa formalità. Ed io non saprei ammettere come esatta la nozione che ne da il BONJEAN (t. 1, p. 384) che chiama *deductio* il recarsi delle parti o col pretore, o senza sul luogo litigioso. Questa nozione è tolta quasi testualmente dal trattato di ZIMMERN § 41, ma su questo punto si trova in ZIMMERN qualche oscurità ed una manifesta contraddizione; perciocchè alla fine del § 39 egli spiega molto esattamente che cosa è la *deductio*.

(1) *Cic. Pro Iul. c. 20*: « *Ut aut ipse Tullium deduceret, aut ab eo deduceretur* ».

(2) FESTO: « *Superstites testes praesentes significat, cujus rei testimonium est quod superstitibus, ii inter quos controversia, vindicias sumere jubentur. Plautus in Artemone*: Nunc *praesentibus* mihi licet quidvis loqui nemo hic adest superstes.

(3) *Aul. Gell. Noct. Att. XX. 10.* — *Gai Com. 4, § 17.*

(4) *Cic. Pro Caecin c. 1, 7, 8, 32.*

(5) CICER. *Pro Mur. c. 12.* Si potea benissimo procedere in questo modo: *Fundus Sabinus meus est. Immo meus*, e quindi giudicare. Ma no. *Fundus*, dice uno, *qui est in agro; qui Sabinus vocatur.* Quante parole! andiamo innanzi. *Eum ego ex jure Quiritium meum esse aio.* E di poi: *Inde ibi ego jure manum consertum voco* (in conseguenza io ti chiamo dal tribunale al combattimento). A tutte queste ciarle quegli contro di cui si chiedeva il fondo non sapeva che rispondere. Il medesimo giureconsulto passa a lui come un abile suonator di flauto, e gli soffia negli orecchi questa risposta: *Unde tu me ex jure manum consertum vocasti, inde ibi ego te revoco* (Giacchè tu mi hai chiamato dal tribunale al combattimento, anche io ti ci chiamo). Quindi per paura che il pretore non si credesse troppo abile e privilegiato, e che non pensasse a dir qualche cosa di sua propria invenzione si è composto anche a lui il suo canto sacramentale non meno assurdo che gli altri. Egli dice allora ai liganti: *Suis utriusque superstitibus praesentibus istam viam dico: inite viam!* (Io vi comando che accompagnati, ciascuno da' vostri testimoni prendiate questa via: andate!) Subito il nostro savio era là per mostrar loro la via. *Redite viam!* (Ritornate!) Ed essi ritornavano sotto la condotta della medesima scorta. Io mi penso, che digià an-

te della presentazione d' un frammento rappresentativo della cosa. Sarebbe mai da attribuir questo silenzio ad una compiuta dissuetudine della *deductio*, o solamente alla laguna che si trova in questo luogo del manoscritto (1)?

Dopochè era stato in questa forma rappresentato il combattimento per la *manuum consertio*, e per la *vindicatio*, il pretore interponeva la sua parola, e faceva cessar questa lotta, dicendo per esempio se l' oggetto disputato era uno schiavo: MITTITE AMBO HOMINEM (lasciate tutti e due quest'uomo); i due avversarii lo lasciavano. Allora si passava alla costituzione del *sacramentum*. Quegli che era stato il primo a rivendicare interrogava così il suo avversario: POSTULO, ANNE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS (io domando, se tu dirai per qual cagione hai rivendicato); l'altro rispondeva: JUS PEREGI SICUT VINDICTAM IMPOSUI (io ho usato del mio diritto imponendo la vinditta); il primo replicava: QUANDO TU INIURIA VINDICAVISTI (D. L.) AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO (sicome tu hai rivendicato senza diritto io ti provoco al *sacramentum* di 500, o di 50 assi secondo il caso); l'altro soggiungeva: SIMILITER EGO TE (ed anche io egualmente ti provoco).

Dopo questa costituzione del *sacramentum* veniva la dazione del giudice; ma prima di darlo il pretore attribuiva ad una delle parti le *vindiciae*, cioè il possesso provvisorio della cosa rivendicata. Questo è quel che dicesi *vindicias secundum alterum dicere* (2). La parola *vindiciae* quì è presa secondo le diverse significazioni che noi abbiamo esposte (p. 279 e seg.) per le cose stesse rivendicate, e per estensione pel possesso di queste cose. Ma questo possesso non era altrimenti dato che col peso per colui che l' otteneva di dare al suo avversario de'mallevadori che garentissero la restituzione della cosa e de'frutti, se per l'esito della lite questa restituzione dovessa aver luogo. Questi mallevadori, che non si debbono confondere coi *praedes sacramenti*, che riceveva il pretore son quelli che son chiamati *praedes litis et vindiciarum*. La parola *vindiciae* quì dinota secondo quel che abbiamo anche detto (pag. citat), i frutti percepiti durante il possesso provvisorio (3). Il pretore da principio pare non essersi per quest'attribuzione del possesso provvisorio assoggettato alle regole stabilite più tardi negl'interdetti possessorî del sistema formolario. Egli era in libertà di dar questo possesso all'una o all'altra delle parti secondo che per diverse ragioni pareagli convenevole: per es. per l'apparenza del diritto più fondato, per la maggior sicurezza di una migliore amministrazione, o pel possesso anteriore, e per altre somiglianti ragioni. Solo nelle reclamazioni di libertà egli non avea tale facoltà. In questo caso, quali che si fossero le altre considerazioni, il possesso provvisorio per una formale disposizione delle XII. Tavole dovea sempre esser dato nel senso della libertà (4). Di tal fatta fu la famosa lite di Virginia! Noi sappiamo che le quistioni di stato (libertà, cittadinanza, o famiglia) sono vere quistioni di diritto reale.

2.° *Dell'azione sacramenti nelle istanze per adempimento di obbligazioni.*

Quì non vi era nè *vindicta*, nè combattimento simulato, nè attribuzione di possesso provvisorio (*vindiciae*). Fin dal principio vi era un attore ed uno convenuto. Le parti dirigendosi ciascuna alla sua volta la parola, doveano secondo il costume delle azioni della legge interrogarsi sull'obbligazione che l' attore pretendeva, e che il convenuto negava, dipoi provocarsi sciambievolmente al *sacramentum*, quindi venivano le forme relative alla dazione del giudice. Ma non ci è nota la serie delle parole sacramentali pronunziate in tut-

che a que' giureconsulti dalla lunga barba dovea parer cosa ridicola il comandare alle persone che vadano via dal luogo dove sono, e dove debbono stare, per ritornarvi incontanente dopo partiti. Le altre formole: *Quando te in jure conspicio*; e quest'altra: *Sed anne tu dicis quae est causa cur vindicaveris?* non sono meno vote di senso... etc.» Per dar compimento alle idee della deduzione al tempo di Cicerone riscontrate Cic. Pro Caecin. *cap. 1, 7, 8, e Pro Tull. 16.*

(1) *Gai. Com. 4, § 17.*

(2) *Gai Com. 4, § 16.* « *Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat* » V. i fram. delle XII. Tav., *Hist. du dr. r. tab. 6, §§ 6, e 7, e tab. 12, § 3,* — Quando questo possesso provvisorio era attribuito non al possessore attuale ma al suo avversario, questo, rispetto a lui dicevasi, *vindicias ab eo abdicere*: *D. 1, 2.* De orig. jur. *2, § 24, f. Pomp.*

(3) *Gai. Com. 4, § 16*: *Eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructum* ». Similmente § 91. — Semplicemente *praedes litis vindiciarum § 94.* — CICER. *In Verr. 1, 45.*

(4) V. *Hist. du dr. r.*, framm. delle XII. Tav. tab. 6, § 7, coi fonti arrecati in appoggio.

ta questa procedura; il manoscritto di Gaio in questo punto è illeggibile e le congetture fatte per ristabilirlo secondo alcuni frammenti di formole ed alcune indicazioni sparse non son buone ad altro che a darci un'idea di ciò che tali formole presso a poco potevano essere (1). Noi pensiamo che le parole doveano variar di molto secondo la causa, e l'oggetto dell'obbligazione; e che quì appunto i pontefici aveano avuto molto da fare per comporre il loro formolario in guisa da prevedere i diversi casi adattandovi il meglio ch'era possibile le parole stesse della legge (2). Quì ancora doveano incontrarsi come accessorii o come preliminari per certi casi particolari, talune formalità speciali e simboliche come quelle dell'azione *furti lance licioque concepti*, le quali insieme con le azioni della legge furono dalla legge ÆBUTIA abolite, secondo che narra Aulo Gellio (3).

Dopo la legge PINARIA egli è certo che anche nell'azione *sacramenti* si dava un giudice alle parti non subito dopo che se ne faceva la domanda, ma dopo un termine di 30 giorni. Questo era comune al *sacramentum* tanto in materia di diritti reali quanto in materia di obbligazioni (4). La legge PINARIA avea solamente regolato questo termine di 30 giorni, o avea anche introdotta la dazione del giudice? Questa è una quistione che noi abbiamo già esaminata (Ved. poco innanzi)

L'azione *sacramenti* nella sua applicazione ai diritti reali fu quella che durò lunga pezza, e che sopravvisse a tutte le altre azioni della legge. Essa eziandio, nella sua prima formalità che è la *vindicatio* si trova adoperata fittiziamente in tutte le varietà dell' *in iure cessio*, e come tale tiene una parte così importante pel trasferimento, e per la costituzione de' diritti civili. Per contrario in quanto all' applicazione dell'azione *sacramenti* ai casi di obbligazioni, essa ben presto fu limitata, e venne per gradi quasi totalmente a sparire, per effetto della creazione successiva delle due nuove azioni della legge delle quali ora imprendiamo a trattare.

Dell' azione per judicis postulationem.

Nell' azione *sacramento* la sentenza del giudice si limitava a decidere che il *sacramentum* era *justum* o *iniustum*, onde la conseguenza per l'attore, ch' egli otteneva, o non otteneva l'oggetto che avea domandato. Ciò richiedeva che l'attore determinasse egli medesimo formalmente quest' oggetto: come il tal corpo individualmente indicato, o la tal cosa, o una quantità determinata (*res certa, pecunia certa*). Siffatta determinazione si faceva sì pe' diritti reali, e sì per le obbligazioni con le parole sacramentali che le parti scambievolmente si dirigevano prima della provocazione al *sacramentum*. Intorno a ciò o s'avea tutto, o nulla, o il *sacramentum* era *justum* o *iniustum*: non vi era mezzo.

Gli affari che richiedevano una certa valutazione si piegavano a stento e con gravi inconvenienti a questa specie di procedura. S'impegnava la lite sulla stima fatta anticipatamente dall' attore. Se l'attore erasi ingannato stimando la cosa alquanto più di quel che valeva, o se il convenuto a torto avea ricusato di aderirvi, per poca che fosse la differenza, perdevano il loro *sacramentum*; e per dippiù l' attore avea esaurita la sua azione, e non poteva esercitarla di nuovo. Vi erano ancora degli affari di tal natura che anche più ripugnavano a questa forma di procedura Tali erano quelli, ne' quali le parti aveano delle obbligazioni scambievoli, di cui era necessario tener ragione, e che doveano essere insieme combinate; similmente se si doveano fissare de' confini tra vicini, fare una divisione tra comproprietarii; ovvero se la cosa di cui si reclamava la proprietà era tenuta nascosta, dal che nasceva l'impossibilità di eseguire sopra diessa la *vindicatio* fino a che non fosse presentata. In

(1) HEFFTER, secondo gl'indizii che si posson ancor ricavare dal manoscritto di Gaio, secondo alcuni frammenti di formole raccolti in Cicerone nelle *Note* di Valerio Probo, e che con più o meno fondamento posson parere di riferirsi quì, ha creduto poter ristabilire il dialogo sacramentale in questa forma:

L'attore: *Quando in jure te conspicio postulo an fias auctor, qua de re mecum nexum fecisti?*

(Il convenuto risponde negativamente).

L'attore: *Quando negas sacramento* (D. L.) *te provoco* (Io sopprimo un frammento di formola che *Heffter* aggiunge qui, ma che a me non pare che sia al suo posto).

Il convenuto: *Quando ais neque negas me nexum fecisse tecum qua de re agitur, similiter ego te sacramento* (D. L.) *provoco* (Anche qui ho soppresso il resto).

(2) Qui per esempio si può riferire l'aneddoto riferito da Gaio intorno a colui che perde la lite per aver detto *vites* in luogo di *arbores* intentando un azione per recisione di viti. *Gai. Com. 4*, § *11*.

(3) Ved. su questo punto *Hist. du dr. r. tav. 8*, § *15*; e qui sopra p. 239 coi fonti indicati nelle note di questi due passi.

(4) *Gai. Com. 4*, §§ *15 e 16*.

questi diversi casi era ben malagevole di seguire il procedimento del *sacramentum*.

Per cosiffatte necessità fu dato un primo colpo alla generalità dell'azione primitiva, e fu introdotta una nuova azione della legge più semplice, e spogliata dello stretto rigore del *sacramentum*, l'azione che si compiva per mezzo della sola domanda d'un giudice, *actio per iudicis postulationem*. La pagina di cui Gaio trattava di questa seconda azione è perduta, e noi non ne sappiamo il formolario. Senza dubbio le parti venute *in iure* doveano ciascuna alla sua volta indirizzarsi la parola in termini consacrati: l'attore, per dichiarare l'oggetto della sua domanda, e per interrogare sopra di ciò il suo avversario; questi, per rispondere all'interrogazione, dopo di che veniva probabilmente quella formola che noi troviamo nelle *Notae* di Valerio Probo, e che secondo tutte le apparenze era comune ad ogni domanda di giudice anche nelle altre azioni: J. A. V. P. U. D. (*judicem arbitrumve postulo uti des*). Questa formola era dall'attore indirizzata al pretore, ed è conforme all'indole delle azioni della legge il pensare che il convenuto rispondeva alla sua volta: *similiter ego iudicem arbitrumve postulo uti des*. Il giudice dato per quest'azione non avea più a giudicare una quistione così ristretta com'era quella di sapere se il *sacramentum* delle parti era *justum*, o *injustum*. Lo stesso modo di procedura gli lasciava più latitudine nella sua missione. Egli avea a regolar convenevolmente la lite secondo la diversità de' casi. E però egli era un arbitro nel senso proprio della parola.

I casi ne' quali l'azione *per judicis postulationem* poteva essere ammessa in luogo del *sacramentum* pare che sieno stati fissati uno per uno come per favore speciale (1). Così noi troviamo nei frammenti delle XII Tavole la traccia della nomina di arbitri: pel regolamento de' confini tra vicini (*finium regundorum*) (2), per la divisione del patrimonio tra coeredi (*familiae erciscundae*) (3), pel danno che arrecano, o che minacciano le acque piovane (*arbiter aquae pluviae arcendae*) (4), pel possesso provvisorio di mala fede (*arbitri vindicire falsae*) (5), infine per la produzione della cosa da rivendicarsi (*arbitrium ad exhibendum* (6). Da queste disposizioni delle XII Tavole si deduce la conseguenza che l'azione *per judicis postulationem* esisteva già anteriormente a queste Tavole.

Un luogo di Cicerone ci rende positiva testimonianza che quest'azione era spezialmente applicata a quelle istanze per obbligazioni, nelle quali il giudice può decidere *salva fide*, e che più tardi nel sistema formolario furon dette azioni di buona fede. « *Praeclarum a maioribus accepimus morem rogandi judicis si ea rogaremus quae salva fide facere possit* (7) ». Quel che siffatte facende hanno di proprio e che ordinariamente vi ha tra le parti delle scambievoli obbligazioni, delle quali bisogna tener ragione, e che si debbono combinare insieme. Or la procedura del *sacramentum* restringe la cosa alla domanda di un'obbligazione unilaterale. Qui io allogherei volentieri quelle parole riferiteci da Cicerone, le quali uno de' litiganti indirizzava all'altro: » *Uti nè propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem* (8) »; perciocchè esse fan parte delle formole di quest'azione della legge, e non già dell'azione *sacramenti*. Tra gli affari che per tal modo erano attribuiti all'azione *per iudicis postulationem* si trovano quelli che riguardano le tutele, le fiducie, le vendite e compre, le locazioni, i mandati, le società, etc. attribuzioni diverse le quali ebbero luogo successivamente per effetto del progresso della giurisprudenza (9).

---

(1) *Arg. da Gaio Com. 4*, § *13*. — Cicerone parlando delle azioni di buona fede: *De off. III. c. 17*, confrontato *col c. 10*.

(2) *Hist. du dr. r. tav. 7*, § *5*,

(3) *Ivi tav. 5*, § *10*, *Confr. il D. 10*, *2*, Fam ercisc. *43*, *f. Ulp.*, *e 52*, § *2*, *f. Julian.*; ove si trova *arbiter familiae erciscundae*.

(4) *Hist. du dr. t. 7*, § *8*, — Confr. le note citate all'appoggio sotto questo frammento, *D. 3*, *5*, De aq. pluv. *23*, § *2*, *f. Paul. e 24*, *f. Alfen.*

(5) *Ivi tav. 12*, § *3*,

(6) *Ivi tav. 6*, § *8*, : argom. da quella disposizione delle XII Tav. che proibisce la produzione de' materiali impiegati negli edifizii, o per sostegno delle viti; dunque *l'arbitrium ad exhibendum* già esisteva. *Confr. D. 10*, *4*. Ad exhib. *6*, *f. Paul.*, *e 5*, § *13*, *f. Ulp.* dove si legge *arbitrium commissum*.

(7) Cic. *De off.* 111, 10. Benchè Cicerone scriva sotto il sistema formolario, questa frase evidentemente fa allusione all'antica *postulatio judicis*.

(8) *Ivi 17*.

(9) Cic. *De off.* 111, 17. « *Quidem Scaevola pontifex maximus summam vim esse dicebat in omnibus iis* arbitriis *in quibus adderetur*: ex bona fide; *fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus empti-venditis, conductis-locatis, quibus vitae societas contineretur; in his magni esse judicis statuere quid quemque cuique praestare oporteret*, etc. » Senza dubbio io non penso che nell'origine del dritto quiritario il solo consenso ab-

Bisogna certamente aggiungervi anche i casi in cui si tratta di domandare l'adempimento di un'obbligazione di fare (*facere*), o di dare senza trasferire la proprietà (*praestare*); perchè in questi casi se il debitore non adempie in natura la sua obbligazione, si dovrà fare una valutazione o stima. Similmente sono da aggiugnere quei casi in cui la cosa della quale vorreste reclamare la proprietà, e che pretendete esservi dovuta (1), sia scomparsa o perita per frode del vostro avversario. Anche questi casi han dovuto esser ritolti dall'azione *sacramenti*, ed attribuiti alla *iudicis postulatio*, perchè non v'era più mezzo di rivendicare o di domandare la cosa come corpo certo, siccome rigorosamente, si praticava nel *sacramentum*, ed egualmente non rimaneva altro che farne la stima.

Così i Romani ben per tempo cominciarono a sottrarsi per un numero di casi all'antica azione quiritaria del *sacramentum*. Quest'azione fu gradualmente ridotta per quella della *judicis postulatio*. Nondimeno continuò ancora ad usarsi, e fu la sola che si potesse applicare nelle quistioni di stato, di proprietà quiritaria, o de suoi smembramenti, di successioni, e nelle liti per obbligazioni di dare (*dare*) delle cose, o quantità determinate, i quali affari tutti si accomodano alla sua natura. In questo modo si durerà per parecchi secoli in fino a che una nuova ed ultima azione della legge non venga anche a spogliarla di tutto quel che le rimane in materia di obbligazioni. Questa è l'azione delle legge *per condictionem*.

Dell'azione per condictionem.

La *condictio* in se stessa non è altro che un annunzio, una denunzia fatta verbalmente a qualcuno. «*Condicere est dicendo denuntiare*» dice Festo (2). L'azione della legge *per condictionem* è quella che si esercita principalmente per mezzo di cosiffatta denunzia. Tutto quel che noi sappiam di certo intorno al rito che vi era osservato è che l'attore denunziava al suo avversario di presentarsi fra trenta giorni per ricevere un giudice (3). La pagina del manoscritto di Gaio, in cui trovavansi questi particolari è perduta. Si è fatto dubbio se questa denunzia si facesse innanzi al magistrato *in iure*, o fuori del tribunale privatamente tra le parti: per me questa non è quistione: tutte le azioni della legge, tranne la sola *pignoris capio*, si adempivano *in iure*, e l'espressione di Gaio *ut adesset* mi sembra indicare perfettamente che le parti vi erano in quel momento.

La legge Silia (per congettura anno di R. 510) fu quella che introdusse questa nuova ed ultima azione della legge soltanto per le obbligazioni di trasferire in proprietà (*dare*) una somma determinata (*obligatio certae pecuniae*); ed alcuni anni dopo, la legge Calpurnia (per congettura anno di R. 520) la estese eziandio alle obbligazioni di qualunque cosa determinata (*de omni certa re*) (4). A che prò questa nuova creazione, quando l'azione *sacramenti*, e quella *per judicis postulationem* potevano raggiungere il medesimo scopo? siffatta quistione fin dal tempo di Gaio si era promessa tra i giureconsulti (5).

Si dee in ciò ravvisare la continuazione del fenomeno storico che si compie, la demolizione graduale dell'antica azione della legge per *sacramentum*. Già da gran tempo l'azione *per iudicis postulationem* l'avea successivamente spogliata, in fatto di obbligazioni, de differenti arbitramenti istituiti dalla legge delle XII Tavole o dalla giurisprudenza posteriore; delle obbligazioni *ex bona fide* che comunemente presentavano scambievoli doveri fra le parti; delle obbligazioni di fare, o di fornire (*facere aut praestare*), anche delle obbligazioni di trasferire in proprietà (*dare*) quando si trattava di cosa incerta, o quando la cosa certa era stata per

---

bia potuto formare i contratti di vendita, di locazione, di mandato, di società, ma quando, il fatto, la tradizione, il cominciamento di esecuzione, o l'associazione aveano avuto luogo, vi potevano benissimo esser delle obbligazioni scambievoli a regolare; in processo di tempo, e per l'introduzione de'principii del diritto delle genti questi medesimi contratti furono ammessi dal diritto civile romano come obbligatorii pel solo consenso.

(1) *Argom. da Gaio Com. 4, § 20*, ove si vede che si agiva in certi casi *per iudicis postulationem* « *de eo quod nobis dari oportet* ».

(2) Festo: « *Condicere est dicendo denuntiare. Condictio in diem certum ejus rei quae agitur denuntiatio* ».

(3) *Gai. Com. 4, § 18: Et haec quidem actio proprie condictio vocabatur: nam actor adversario denuntiabat ut ad judicem capiendum die XXX adesset* ».

(4) *Gai. Com. 4, § 19:* — Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam: *lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re* ».

(5) *Gai. Com. 4, § 20:* « *Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet potuerimus aut sacramento, aut per judicis postulationem agere, valde quaeritur* ».

frode rimossa o distrutta. Non le rimanea più che le obbligazioni di dare (*dare*) delle cose determinate, Le leggi Silia, e Calpurnia vengono a toglierle anche queste: da prima solamente per le somme di danaro (*pecunia*), e di poi per tutte le altre cose. Da quel tempo la sua sfera è ristretta ai soli diritti reali, e non è più adoperata per le obbligazioni.

Bisogna farsi una giusta idea del carattere di queste obbligazioni di dare, delle quali l'azione *per conditionem* spoglia in ultimo luogo il *sacramentum*. E da prima dell'obbligazione *certae pecuniae*. Non si ha a riguardar tanto l'oggetto dovuto, quanto la natura e la causa dell'obbligazione. Nella vendita per esempio il venditore che reclama il prezzo convenuto domanda egualmente una somma determinata; ma vi sono molte considerazioni a fare: bisogna esaminare le obbligazioni ch'egli ha assunte, le ha egli adempiute tutte, non si ha da contrabbilanciar nulla? Qui per contrario si tratta di obbligazione unilaterale di trasferire in proprietà all'attore una somma rigorosamente determinata; tutto è fermato: l'oggetto è la somma *data stipulata aut expensilata* di che parla Cicerone (sop. p. 149), vale a dire un'obbligazione come quelle che fanno nascere il *mutuum*, la stipulazione, l'espensilazione sui registri domestici, o le cause che operano nel medesimo modo, come per esempio il legato. Forse anche la frase *pecunia* non si dee restringere alle somme di danaro, forse si dee intendere, come in molti altri casi, di ogni cosa che può formar l'oggetto d'un mutuo, di ogni cosa *quae pondere, numero, mensurave constat*. Il diritto romano fin da principio ha formato una classe distinta di queste sorte di obbligazioni (*pecuniae creditae*), e specialmente di quelle di danaro (*aeris*). Dovunque, fin nelle XII Tavole si trova la traccia di siffatta distinzione (1). Queste obbligazioni hanno ciò di particolare che non solo sono strettamente determinate, ma non possono neppure cessar di essere determinate, perciocchè, siccome le quantità non periscono mai, così il loro oggetto è sempre il medesimo. L'obbligazione di trasferire in proprietà ogni altra *res certa* è meno rigorosamente calcolata: se essa è una cosa di genere, come un cavallo, non se ne vede rigorosamente il valore, ed anche se è un corpo determinato individualmente indicato, per esempio il tal cavallo, se questo per frode scomparisca, o si faccia perire, bisognerà ricorrere ad una stima. In somma riunendo le disposizioni della legge *Silia*, e quelle della legge *Calpurnia*, si vede che per *res certae* bisogna intendere quel che noi abbiamo già spiegato (p. 97): « *Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale, quantumque sit* (2) ».

Queste sorte di obbligazioni si accomodavano perfettamente alla natura dell'azione *sacramenti*. L'attore determinava rigorosamente l'oggetto della sua domanda, ed il giudice non avea a far altro che a dichiarare il suo *sacramentum* giusto, o ingiusto: non vi era via di mezzo. Se dunque la legge *Silia* e la legge *Calpurnia* vengono a sottrarle siffatte obbligazioni, la ragione è che in fatto di obbligazioni non si vuol più sapere di *sacramentum*, di quel deposito di origine pontificale a profitto del tesoro pubblico, e delle sue antiche formalità. E si procede come si è fatto in fino ad ora, cioè a dire per gradi. La legge *Silia* crea la nuova azione della legge, e non toglie all'azione *sacramenti* che le obbligazioni precise le quali prestano il caso più semplice in cui tutto è irrevocabilmente fermo e stabilito, cioè le obbligazioni di *certae pecuniae*. La legge *Calpurnia* alcuni anni dopo vi aggiunge le obbligazioni di ogni cosa certa (*de omni certa re*), cioè tutto quello che in questa materia restava all'azione *sacramenti*. Così quest'antica azion della legge non conserva più nulla in materia di obbligazioni, salvo alcune cause speciali ritenute per eccezione (3), e l'azione *per judicis postulationem* vi perde anch'essa qualche cosa. Il ravvicinamento de' fatti, l'epoca alla quale queste leggi si riferiscono, gli avvenimenti già compiuti, quelli che si preparano, ce ne rivelano lo spirito. Le azioni della legge sono state divulgate, le loro formole son fatte pubbliche, l'antica procedura cade in discredito, l'epoca in cui questo sistema sarà abolito non è più lon-

(1) Ved. *Hist. du dr. r. tav. 3*, § *1*. « *Aeris confessi*, rebusque jure judicatis... » — Aul. Gell. *Noct. At.* : « *Hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt, maximeque in* pecuniae mutuatitiae *usu atque commercio*. — *Lex* Rubria *Galliae cisalpinae c. 21, e 22*. — *Lex 1*. Tabul. Heracl. *lin. 44*. — Cic. Pro Rosc. *c. 4*. — *Gai. Com. 3*, § *124*, ove si vede la definizione dell'espressione *pecunia credita*, e l'estensione della parola *pecunia* ad ogni cosa di quantità.

(2) *D. 45, 1*. V. obl. *74, f. Gai.*

(3) Come l'azione *damni infecti. G. 4* § *31*.

tano che di 60 anni circa: tutto ci dice che le leggi SILIA e CALPURNIA sono de'precursori della legge ÆBUTIA (1).

Ma quali differenze vi erano tra il rito della nuova azione *per condictionem* e quello dell'azione *per iudicis postulationem*? Certamente ve ne erano; noi non possiamo particolareggiarle; perchè l'uno e l'altro ci è rimasto ignoto. ma quali che si fossero le parole sacramentali, e le interrogazioni che si dirigevano le parti, doveano portar necessariamente il carattere particolare e sì distintivo della contestazione, che nell'una di queste azioni era rigorosamente determinata e stabilita ma nell'altra avea qualche cosa d'indeterminato e lasciato all'estimazione. Da questa differenza nelle parole sacramentali dovea risultare la differenza nella missione del giudice, il quale nell'una di queste azioni era sempre un *iudex* propriamente detto, e nell'altra il più delle volte un *arbiter*. In fine si può tener per fermo che nell'azione della legge *per condictionem* quegli che non si presentava nel termine stabilito per ricevere un giudice era per le disposizioni della legge SILIA e CALPURNIA riputato *confessus* o *judicatus*, e soggetto in conseguenza all'esecuzione *per manus injectionem* (2), della quale ora farem parola.

In somma al punto in cui siam pervenuti la destinazione delle tre azioni di legge, che sono forme di giudizii è la seguente:

L'azione *sacramento* per le reclamazioni di stato, di proprietà quiritaria, o di successioni: tutti diritti reali, la cognizione de'quali è rinviata ai centumviri.

L'azione *per iudicis, postulationem*, per l'adempimento di tutte le obbligazioni, salvo quella di dare (*dare*) delle cose certe: la cognizione per l'ordinario n'è rinviata ad un'*arbiter* (3).

L'azione *per condictionem* per le obbligazioni di dare (*dare*) delle quantità, o cose certe, la cui cognizione è sempre rinviata ad un *judex*.

Questo è lo stato in cui le troverà le legge ÆBUTIA.

Ora ci resta a trattare delle azioni della legge che son più particolarmente delle vie di esecuzione.

AZIONI DELLA LEGGE PER L'ESECUZIONE

Dell'azione per manus injectionem

Decisa una volta la lite, e renduta la sentenza, se la parte ch'è rimasta soccumbente non l'eseguisce volontariamente, vi sarà mestieri di un potere e di un procedimento qualunque per costringervela. Se si tratta di diritti reali, sotto l'impero delle azioni della legge, in cui la sentenza raggiunge, quando è possibile, direttamente la cosa medesima dimandata, il litigante vittorioso è riconosciuto avere o il tale stato, o la proprietà quiritaria della tal cosa, o il tale smembramento di questa proprietà o la tale eredità: gli effetti di diritto se ne deducono da se medesimi, o se ha bisogna della forza pubblica per mettersi in possesso della cosa della quale è stato riconosciuto proprietario, egli vi può ricorrere. Ma nelle liti di obbligazioni, benchè la sentenza cada anche direttamente sulla cosa domandata, l'attore vittorioso è riconosciuto solamente creditore, non già proprietario; quali dunque saranno le sue vie di esecuzione contro il debitore che non adempirà la sua obbligazione? L'antico diritto quiritario gli dava azione non già sui beni, ma sulla persona medesima del suo debitore, e il procedimento che a tal fine dovea seguire era l'azione della legge *per manus injectionem*. Solo in alcuni casi eccezionali che erano ben pochi, egli poteva direttamente rivolgersi sui beni, del direttore per mezzo dell'azione della legge *per pignoris capionem*.

La *manus iniectio* propriamente parlando era la presura di una persona, il suo arresto personale. Vi erano parecchi casi in cui il diritto quiritario permetteva siffatto arresto, anche fuori la presenza di qualunque autorità: sia come esercizio d'un diritto di proprietà, per es. d'un padre sul figliuolo sottoposto alla sua potestà, o d'un padrone sul suo schiavo (4); sia come mezzo di costringimento, per es. riguardo

(1) V. su questo punto la mia *Hist. du dr. n. 47.*

(2) La legge RUBRIA *Gall. cisalp. c.* 21 ne porta la traccia indubitabile.

(3) Salvo alcune cause speciali di obbligazioni, come quelle *damni infecti* ritenute per eccezione nell'azione *sacramento* come l'abbiam detto pag. prec.

(4) In quest'ultimo senso noi troviamo l'espressione di *manus injectio* in una moltitudine di frammenti anche nelle raccolte di Giustiniano. Ved. *Vat. Fragm.* § *6.* — *D. 2, 4.* De in jus voc. *10*, § *1, f. Ulp.* — *18, 7.* Si serv. export. *9, f. Paul.* — *40, 1.* De manum. *20*, § *2, f. Pap.* — *40, 8.* Qui sin man. *7, f. Paul,* — *C. 4, 55.* Si serv. export. *1, e 2, const. Sev. et Anton.* — *7, 6.* De lat. libert. *1*, § *4, 4, const. Justinian.*

a colui che chiamato al tribunale (*in ius vocatus*) non vi si volea presentare (1). L'azione della legge *per manus injectionem* conteneva la formalità caratteristica di un somigliante arresto, ma essa si esercitava innanzi al magistrato *in jure*; e bisogna ben guardarsi dal confondere quest'azione della legge nel suo complesso, con gli arresti stragiudiziali che abbiamo accennati.

L'azione della legge *per manus injectionem* è la procedura d'esecuzione dell'antico diritto quiritario. I frammenti che ci restano sulla terza della XII Tavole non son altro che il suo nuovo regolamento fatto dai decemviri (2). La legge delle XII Tavole dà questa via d'esecuzione per ogni cosa giudicata, e per la confessione d'un debito di danaro (*aeris confessi, rebusque iure iudicatis*) (3). Il debitore ha 30 giorni per cercare di soddisfare al suo debito, questi giorni si chiamavano *dies justi*; questa, secondo l'espressione di Aulo Gellio è una specie di tregua, d'armistizio legale (*quoddam justitium juris, quaedam interstitio*) (4). Spirato questo termine, se egli non ha pagato, il suo avversario può menarlo innanzi al magistrato (*in jus vocare*); e quivi si compie l'azione della legge. Il creditore afferrando il debitore per qualche parte del corpo dice: « QUOD TU MIHI JUDICATUS, SIVE DAMNATUS ES (per esempio SESTERTIUM X. MILLIA) QUAE DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SE STERTIUM X. MILLIUM JUDICATI MANUS INJICIO ». Il debitore non può respingere questa violenza (*manum sibi depellere*): da questo momento egli è trattato come schiavo di fatto, e come tale se egli ha delle obbiezioni a fare, delle contestazioni ad elevare non può più agire nell'azione della legge per se medesimo, come uomo libero, ma è mestieri che dia un mallevadore solvibile, il quale lo reclami, e lo liberi prendendo la sua causa, e questi per tal cagione addomandasi *vindex*. In difetto di un tal mallevadore, egli per dichiarazione del pretore, e senza rinvio innanzi ad un giudice, è attribuito (*addictus*) all'attore, il quale lo mena in sua casa come suo prigione (5). Qui finisce l'esposizione che Gaio fa di quest'azione della legge. Bisogna compierla con ciò che ci è pervenuto delle XII Tavole. Prima di pronunziarsi questa *addictio*, il debitore era propriamente parlando *judicatus, adjudicatus* (6), dopo fatta l'*addictio* egli è *addictus*: quantunque queste qualificazioni abbiano potuto esser nell'uso adoperate l'una per l'altra. In questo ultimo stato egli è schiavo di fatto, e trattato come tale non solamente ne' rapporti privati, ma eziandio in quelli della città: ma non è ancora schiavo di diritto, egli non ha ancor patito diminuzione di capo, i suoi figliuoli, ed i suoi beni non passano nel dominio del creditore (7). La legge delle XII. Tavole ha preso cura di regolare essa medesima

(1) Ved. il fram. delle XII Tav. *Hist. du dr. r. tav. 1*, § 2.

(2) V. la nostra *Hist. du dr. r, tav. 3.*

(3) Malgrado la generalità di questo testo delle XII Tavole alcuni critici, e tra gli altri il SAVIGNY pensano che questa via di esecuziane era data solamente pei debiti di danaro. Non solamente il testo della legge, ma tutto il complesso del sistema mi da la ferma convinzione che questa era una via di esecuzione per tutte le condanne in materia di obbligazioni: in fatti l'antico diritto quiritario non ne presenta altra.

(4) AUL. GELL. NOCT. *Act. XX.1.* « *Confessi igitur aeris ac debiti judicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa, quam dissolverent: eosque dies decemviri justos appellaverunt velut quoddam justitium, id est juris inter eos quasi interstitionem quamdam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi jure possit. Post deinde nisi dissolverant, ad praetorem vocabantur, et ab eo quibus erant judicati addicebantur, nervo quoque aut compedibus vinciebantur... etc.* »

(5) *Gai Com. 4*, § *21*: « *Nec licebat judicato manum sibi depellere, et pro se lege agere; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur* ». Ved. anche il testo d'Aulo Gellio citato nella nota precedente. E utile di notare nella formola della *manus injectio* queste dizioni *judicatus damnatusve:* esse si riferiscono forse, la prima alle obbligazioni nascenti da contratti, la seconda alle obbligazioni derivanti da' delitti (secondo altri ai legati *per damnationem*), ma in tutti i casi esse non si applicano alle sentenze in materia di diritti reali, giacchè sotto le azioni della legge in siffatta materia non vi è *condanna*, ma la cosa, o il diritto stesso vien riconosciuto appartenere all'una delle parti. Questa osservazione conferma ciò che noi abbiam detto, che la via d'esecuzione per *manus injectionem* è esclusivamente propria alle obbligazioni.

(6) *Gai. Com. 3*, §§ *189 e 199.*

(7) QUINTIL. V. 3. « *Aliud et servum esse, aliud servire. Qui servus est si manumittitur fit libertinus, non itidem addictus* » V. 10. « *Aliud est servum esse, aliud servire, qualis esse in addictis quaestio solet* ». — VII. 3. « . . . *An addictus quem lex servire donec solverit jubet servus sit?. . . servus cum manumittitur fit libertinus, addictus recepta libertate est ingenuus. Servus invito domino libertatem non consequetur, addictus solvendo citra voluntatem domini consequetur. Ad servum nulla lex pertinet, addictus legem habet. Propria liberi quae nemo habet nisi liber, praenomen, nomen, cognomen, tribum, habet haec addictus.* Malgrado i rapporti che li uniscono, ci ha pure delle

quel che riguarda il suo nutrimento, ed ed il peso de' ferri co' quali può esser incatenato (1). Egli continua in questo stato per 60 giorni durante i quali per tre giorni di mercato consecutivi da nove in nove giorni dev'esser condotto innanzi al magistrato nel *comitium* proclamando ad alta voce la somma per la quale egli è *addictus*, affinchè i suoi parenti od amici avvertiti della sorte che lo minaccia facciano tutto il loro potere per liberarlo pagando a suo discarico. Noi sappiamo che in difetto di pagamento la conchiusione per lui, dopo i 60 giorni è una diminuzione di capo definitiva, la quale pon fine alla sua vita di cittadino e d' uomo libero, ma che estingue eziandio tutti i diritti del suo crediiore. Egli è venduto come schiavo allo straniero al di là del Tevere. Si trova anche nella legge il diritto pel creditore di metterlo a morte (2).

In reassunto l'azione della legge *per manus injectionem* comincia ne' suoi effetti per l' *addictus* da una cattività, da una schiavitù di fatto, ma non ancora di diritto; o anche la morte. Questa è una via di esecuzione rimessa in gran parte agli stessi interessati, è una prigionia per debiti nella casa del creditore: ogni palazzo di patrizii, ci dice la storia, era divenuto una prigione privata e più d'una volta le sventure di questi *addicti* sollevarono la plebe a rumore, e turbarono la repubblica (3).

Tuttavia è da notare che quantunque lo scopo essenziale di quest' azione fosse di costringere il debitore ad eseguire, poteva accadere, che vi fosse contestazione sull' esistenza medesima del debito, per esempio, che colui contro il quale si esercitava la *manus injectio* negasse esservi stata la sentenza contro di lui, o aver egli confessato il debito. Allora vi avea una vera lite su questo punto. La decisione di siffatta lite non era rinviata ad un giudice, ma il magistrato medesimo pronunziava, ed in conseguenza dava o non dava corso agli effetti nella *manus injectio*. In questo senso si vede che quest'azione della legge quantunque fosse principalmente una via di esecuzione, pure era in certi casi una forma introduttiva di una lite che dal solo magistrato veniva giudicata. Qnesto carattere fu molto più frequente, e più spiccato quando delle nuove leggi ebbero esteso l 'uso di quest' azione molto al di là della sua primitiva destinazione.

In fatti dopo la legge delle XII Tavole parecchie altre leggi assomigliarono un gran numero di casi a quei della confessione d'un debito di danaro, o d'una condanna giudiziaria, e diedero in questo caso la via di esecuzione *per manus injectionem* come se vi fosse intervenuta sentenza (*pro judicato*), e coi medesimi effetti. Solamente nella formola il creditore in luogo di dire QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS ES, enunciava la causa, ed aggiungeva: OB EAM REM EGO TIBI PRO JUDICATO MANUM INJICIO (4). Gaio cita per esempio nel numero di queste leggi, le leggi PUBLILIA e FURIA *de* SPONSU delle quali noi abbiamo già parlato (sop. tit. XX). e che in taluni casi diedero questo vantaggio agli *sponsores*.

Altre leggi eziandio in alcuni altri casi diedero l'azione della legge *per manus injectionem*, con effetti meno rigorosi. Il debitore contro il quale si volea eseguire lo arresto poteva respinger l' avversario, e difendersi in quest'azione della legge (*manum sibi depellere et pro se lege agere licebat*). Nella formola di questa *manus injectio* il creditore dopo avere esposta la causa dicea semplicemente: « OB EAM REM EGO TIBI MANUM INJICIO » senza aggiungere PRO JUDICATO. E però a questo tale arresto davasi la qualificazione di *pura*, semplice, senza assimilazione al caso della cosa giudicata: « *pura, id est non pro judicato* » (5). Fra le leggi che permettevano questa nuova specie di arresto semplice Gaio cita la legge FURIA *testamentaria*, in materia di legati, ed una legge MARCIA in materia di usura. La data di tutte siffatte leggi ci è perfettamente sconosciuta, o solo indica-

grandi differenze tra gli *addicti*, ed i *nexi*, cioè quelli che per sicurezza o per pagamento del loro debito hanno data *per aes et libram* la loro persona a'creditori (*V. 1, p. 12 e 144*). Queste differenze possono ridursi a questo principio, che gli *addicti* sono schiavi di fatto ma non di diritto tanto riguardo al creditore al quale sono stati *addicti* quanto a riguardo della società. I *nexi* sono assomigliati agli schiavi tanto di fatto quanto di diritto per rispetto a colui al quale sono stati venduti, ma essi restano uomini liberi nella città. Essi patiscono una *capitis deminutio*; i loro figliuoli, e i loro beni passano con essi in potere del loro capo; non possono altramente esser liberati che per una manomissione, ed allora essi rispetto a questo capo sono de' quasi-liberati, quantunque sieno sempre ingenui per rispetto alla città.

(1) *Hist. du dr. r. tav. 3.*

(2) Ved. ciò che ho detto su questa disposizione delle XII tav. *Hist. du dr. r. 3*, § *6*, con le note all'appoggio e n. 27.

(3) *Tit. Liv. V. 14, VI. 36, VII. 16* — DIOT D'ALICARN. *IV. 11, etc.*

(4) *Gai. Com. 4*, §§ *22, e 24.*

(5) *Ivi* § *24.*

le per congettura. Esse si debbono riportar tutte ai tempi del sesto all'ottavo secolo.

In questi diversi casi di estensione l'azione della legge per *manus injectionem* evidentemente il più delle volte dava cominciamento ad una lite; perciocchè siccome non vi era stata precedentemente una sentenza, ma la sola allegazione dell' istante che pretendeva una specie particolare di credito, così poteva sempre dal convenuto elevarsi la quistione per sapere se questo credito veramente esistesse, e questo punto dovea giudicarsi dal magistrato.

In somma si vede che la *manus injectio* si presentava sotto tre diversi aspetti: la *manus injectio judicati*, la *manus injectio pro judicato*, e la *manus injectio pura*, le due prime producevano i medesimi effetti, la terza era meno rigorosa. Una legge posteriore, il cui nome è rimesto illeggibile nel manoscritto di Gaio (1), fece rientrare in questa terza specie tutti i casi della seconda, tranne un solo; e da quel tempo fu sempre permesso al debitore di svincolarsi dalle mani del creditore, e di difendersi da se medesimo nell'azione della legge, salvo solo, secondo le dodici Tavole, per l'esecuzione delle condanne giudiziarie, ed inoltre pel rimborso di ciò che lo *sponsor* avea pagato a discarico del debitore, pel quale avea dato sicurtà (*excepto judicato, et eo pro quo depensum est*) (2).

Noi vedremo in che modo questa via di esecuzione contro la persona, abolita come azione di legge al tempo che questo primo sistema fu abolito, si mantenne sotto un' altra forma più semplice, e come i pretori introdussero inoltre una via di esecuzione sui beni.

Dell' azione per pignoris capionem.

Questa via d' esecuzione la quale s' esercitava sui beni medesimi del debitore era in tutto eccezionale nel sistema delle azioni della legge, e totalmente estranea ai crediti privati, perciocchè essa avea luogo solo in taluni casi poco numerosi che interessavano il servizio militare, i sacrifizii, o il tesoro pubblico. Il creditore in questi casi era autorizzato a prendersi da se medesimo come in pegno una cosa appartenente al suo debitore, e questi non poteva altrimenti liberarla che pagando (3). La ragione per la quale la più parte de' giureconsulti la poneva tra le azioni della legge era unicamente perchè questa presa di pegno si eseguiva pronunziando delle parole sacramentali (*certis verbis*); Ma essa ne differiva in tre punti essenziali: 1.° essa avea luogo fuori la presenza del pretore (*extra jus*); 2.° poteva farsi anche in assenza del debitore; 3.° ed anche in un giorno nefasto, in cui non era permesso di esercitare alcun' azione della legge. E però alcuni giureconsulti ricusavano di considerarla come una di queste azioni.

I casi ne' quali la *pignoris capio* era autorizzata erano stati introdotti alcuni pei costumi, altri per la legge precisa (*de quibusdam rebus moribus, de quibusdam lege*). Pei costumi anteriori eziandio delle XII Tavole questa via d' esecuzione era data a' soldati contro coloro che il tribuno dell'*aerarium* avea incaricato di pagar loro il soldo (*stipendium*), o il prezzo di un cavallo e de' suoi finimenti (*aes equestre*), o il prezzo de' foraggi (*aes hordearium*). Le leggi delle XII Tavole l' attribuivano positivamente al creditore del prezzo di compra di una vittima, a quello del prezzo di locazione di una bestia da soma, quando la locazione era stata fatta da lui precisamente per impiegarne il prezzo in sacrifizii. Finalmente una legge, il cui nome illegibile nel manoscritto di Gaio sembra esser quello di LEX CENSORIA la dava eziandio ai pubblicani per l' esazione delle pubbliche imposte (4).

Noi vedremo questa via d' esecuzione tuttochè caduta come azione della legge al venir meno di questo primo sistema, trasformarsi, e passar come la precedente ne' sistemi che seguirono.

Reassunto e complesso d' una procedura sotto il sistema delle azioni della legge.

Siccome tutte le azioni della legge salvo la (*pignoris capio*) hanno luogo innanzi al magistrato (*in jure*), la prima cosa a fare è di chiamarvi, e farvi comparire le parti. Quest' atto si manifesta in tutta la sua più rozza semplicità. L'attore è incaricato di chiamare il suo avversario innanzi al magistrato (*in jus vocare*), e può, se

(1) Savigny, Hugo, ed Heffter pensano che si debba leggere la legge AQUILIA; ma questo non mi pare affatto in armonia con la cronologia. Si tratta in Gaio di una legge posteriore a tutte quelle di cui egli ha fatto parola: or la legge AQUILIA si riporta per congettura all'anno di R. 468.

(2) *Gai. Com. 4, 25.*

(3) *Gai. Com. 4, § 32.*

(4) *Gai. Com. 4, §§ 26, e seg.* — Ved. anche *Hist. du dr. r. tav. 12, § 1,*

fa d'uopo, menarvelo per forza. Egli fa questa chiamata con parole consacrate. » *In jus ambula, sequere, in jus i, in jus te voco* » : queste parole Plauto e Terenzio mettono in bocca de' loro personaggi (1). Le XII. Tavole dicono. *si in jus vocat* (2). Questo è il primo atto che è detto *in jus vocatio*.

Se colui che in questo modo è citato ricusi di andare, il suo avversario invita gli astanti a fargli da testimoni pronunziando ad alta voce queste parole, che noi troviamo nelle commedie di Plauto, e nelle satire di Orazio, e che hanno un'apparenza tutta sacramentale: « LICET TE ANTESTARI » (3); nel tempo medesimo egli tocca come sede della memoria la parte inferiore dell' orecchio del testimone che si presenta (4). Questo è quel che addo mandasi *antestatio*.

Dopo fatto ciò egli ha contro il citato *in ius* una *manus injectio* straordinaria; egli può trarlo a viva forza al tribunale (*in ius rapere*) prendendolo pel collo (*obtorto collo*) secondo le antiche frasi. Plausidippe ed il mercante di schiavi, in Plauto (5), dicono così:

— « *Rapite obtorto collo mavis, an trahi?* »
... — « *Subveni, mi Charmides,*
Rapior obtorto collo!

Quegli che in tal modo è citato, e tratto *in jus* non può far di meno di andarvi se non dia un *vindex* che tolga sopra di se la sua causa, e s'incarichi dell'affare (6). Del rimanente la giurisprudenza ben presto avea ammesso il principio che la casa del cittadino è per lui un asilo inviolabile, donde egli non può nè esser citato, nè tratto al tribunale (7). Vi ha eziandio parecchie eccezioni, le quali non permettono di chiamare *in jus* talune persone: o per cagione della loro dignità, come i pretori, e i consoli; o pel rispetto che loro è dovuto, per es. un ascendente o *patronus*, che sarebbe contro natura a vederli così trarre *obtorto collo* dal loro discendente o dal loro liberto; o anche per altre cagioni, come il pontefice mentre dà opera a'sagrifizii, l'uomo, o la donna nella cerimonia del loro matrimonio (8): queste eccezioni confermate dalla giurisprudenza, o dall'editto hanno fuor d ogni dubbio la loro origine nelle antiche consuetudini. L' ascendente ed il *patronus* non possono esser chiamati *in jus* altrimenti che con l' autorizzazione speciale del magistrato (9).

Venute le parti in presenza del magistrato dopo un'esposizione preliminare dell'affare, e delle loro rispettive ragioni, esposizione la quale pare essere stata libera e spedita da forme sacramentali di parole (qui sopra *actio sacram*), procedono secondo il rito all'adempimento dell'azione della legge che esercitano. Se la faccenda è tale di natura che possa esser decisa dal magistrato medesimo, la lite si termina innanzi a lui. Avviene sempre così nel

(1) PLAUTO: *Curcull.* atto 5, scena 2, v. 23, e seg. — *Persa* att. 4, sc. 9, v. 8. — *Rudens* att. 3, sc. 1, v. 16; sc. 6, v. 22, e seg. — *Poenul.* at. 5, sc. 4, v. 52, e seg. — TERENZIO *Phormio* at. 5, sc. 10, v. 43, e 88.

(2) *Hist. du dr. r. tav. 12*, § *1*.

(3) ORAZIO *lib. 1, sat. 9, v. 74 e seg.*

. . . . . Casu venit obvius illi
Adversarius et: « Quo tu turpissime? » magna
Exclamat voce; et: « *Licet antestari?* » Ego vero
Oppono auriculam. Rapit in jus.... etc.

Vedi anche PLAUTO, *Persa*, at. 4, sc. 9, v. 10, e seg. Pare che in diffetto d'altre persone si potesse prendere a testimone quello stesso che citavasi *in jus*. Come nel *Curcullio* di PLAUTO (at. 5, sc. 2, v. 23, e seg.).

PHAED. Ambula in jus
THER. Non eo
PHAED. *Licet te antestari?*
THER. Non licet.

Al suo rifiuto si presenta un terzo il *Curcullio*

CURC. At ego quem licet, te, etc.

Come anche nel *Poenulus* del medesimo comico ove la fanciulla citata al tribunale dice (at. 5, sc. 4, v. 56, e 57):

ANTER. Antestare me atque duce
AGOR. Ego te antestabor.

(4) PLINIO *Stor. nat. XI. 45.* « *In ima aure memoriae locus, quem tangentes antestamur* ».

(5) PLAUTO: *Rudens* at. 3, sc. 6, v. 15, 29, e seg. — *Poenulus* at. 3, sc. 5, v. 45. « *Priusquam obtorto collo ad praetorem trahar?* — TERENZIO *Phormio* at. 5, sc. 10, v. 92: « *Rape hunc* ».

(6) V. su tutta questa materia le stesse disposizioni della legge delle XI, Tav. *Hist. du dr. tav. 1.*

(7) *D. 2, 3.* De in jus voc. 18: « *Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium, ac receptaculum sit, eumque qui inde in Jus vocari vim inferre videri* ». Framm. di Gaio nel suo Com. sulla legge delle XII Tavole lib. 1. Nondimeno ved. ivi 21, *f. Paul.*

(8) *Ivi 2, f. Ulp.*

(9) *Gai. Comm. 4*, §§ *46 e 183.*

l'azione della legge *per manus injectionem* non solamente quando si tratta d'una cosa di già giudicata, o d'un debito riconosciuto, ma ancora in tutti gli altri casi ai quali quest'azione si applica, anche quando vi è contestazione sul debito. Il magistrato decide da se medesimo senza rinviare ad un giudice. Se poi la lite non è di tal natura, vi è luogo alla nomina di un giudice o d'un arbitro, o al rinvio innanzi a' centumviri.

Probabilmente da principio il giudice si dava subito dopo queste formalità, ma dopo la legge Pinaria un termine di 30 giorni fu stabilito, almeno nell'azione *sacramenti*, allo spirare del quale le parti ritornate innanzi al magistrato ricevevano il giudice designato o convenuto tra loro (1). Questa è l'*addictio*, o la *datio judicis*. Dato il giudice le parti si citano a vicenda a comparire fra tre giorni innanzi a lui. Questo giorno porta il nome di *comperendinus*, o *perendinus dies* (2); l'affare pervenuto a questo punto della procedura dicesi *res comperendinata* (3), e questa citazione, o denunzia reciproca addimandasi *comperendinatio* (4).

Inoltre le parti garentiscono la loro comparsa innanzi al giudice pel giorno indicato dandosi reciprocamente delle sicurtà. Queste sicurtà o mallevandori si chiamano *vas*, *vades* al plurale, e l'atto nel suo complesso dicesi *vadimonium*. Le parti ricorrono egualmente ad un *vadimonium* per garentire la loro comparsa *in jure* quando l'affare innanzi al magistrato non ha potuto terminarsi nel medesimo giorno (5). Sicchè il *vadimonium* sotto questo sistema è adoperato per garentire la comparsa tanto innanzi al magistrato, se vi è luogo, quanto innanzi al giudice.

Tutta questa procedura fatta innanzi al magistrato per organizzare, e per preparare l'istanza si spedisce oralmente senza formare alcuna scrittura, senza che il magistrato in questo sistema formi alcuna istruzione scritta pel giudice: adunque è mestieri che le parti per assicurarne la prova ricorrano alla testimonianza di testimoni presenti. Il che esse fanno prendendo ciascuna solennemente delle persone a testimoni con queste parole: *testes estote!* Questo è quel che dicesi *contestare litem*, e quest'ultimo atto della procedura *in jure* porta il nome di *litis contestatio* (6). Nel sistema seguente vi saranno degli effetti molto singolari ed importanti a notare.

Terminata così, ed accertata la parte della procedura che dee farsi innanzi al magistrato, rimane l'istanza innanzi al

---

(1) Gai Comm. 4, 15. « *Ad judicem accipiendum venirent. Postea vero reversis dabatur....XXX judex; idque per legem Pinariam factum est* ». Il qual passo dee compiersi con questo che è tolto da Asconio nel suo Comentario sulle Verrine di Cicerone *(in Verr. act. 2, lib. 1, § 9:)*: « *Namque cum in rem aliquam agerent ligatores, et poena se sacramenti peterent, poscebant judicem qui dabatur post trigesimum diem* ».

(2) Gai. ivi. « *Postea tamen quam judex datus esset, comperendinum diem ut ad judicem venirent denuntiabant* ». Asconio ivi « *Quo (judice) dato inter se comperendinum diem ut ad judicem venirent denuntiabant* ». A questo allude Cicerone *(pro Murena c. 12)*. allorchè ironicamente fa le maraviglie che tanti uomini forniti di tanto ingegno non abbiano saputo in così lungo tempo decidere se si debba dire *dies tertius*, o *perendinus*: «... *utrum diem tertium an perendinum... rem, an litem dici oporteret* ».

(3) Festo alla parola *Res*.

(4) Asconio *in Verr. act. 2, lib. 1, § 9*: « *Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem* ».

(5) La legge delle XII. Tavole faceva menzione di quest'atto della procedura: a noi ne son rimaste soltanto queste parole: vades, subvades (Ved. la nostra *Hist. du dr. r. tav. 1, § 9*, con le note all'appoggio). — Questo passo di Macrobio (*sat. 1, 6.*): Comperendini *(dies) quibus vadimonium licet dicere* » indica che il *vadimonium* si applicava alla comparsa nel giorno *comperendinus* cioè innanzi al giudice. — E da un altro lato la definizione che ne da Gaio *(Com. 4, § 184)*: « *Qui autem in jus vocatus fuerit (ab) adversario, ni eo die finiverit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est ut promittat se certo die sisti* », prova che il *vadimonium* si applicava egualmente alla comparsa innanzi al magistrato. In tutta questa procedura delle azioni della legge si vuol distinguere queste tre differenti maniere d'intercessori: 1° il *vindex* che assume la causa, s'incarica egli medesimo dell'affare, e per tal modo ne discarica colui contro il quale è stata esercitata la *manus injectio* o straordinaria nell'*in jus vocatio*, o giudiziaria nell'azione della legge che porta questo nome, 2° il *praes*, al plurale *praedes*, che risponde al magistrato del pagamento del *sacramentum (praedes sacramenti)*, o alla parte della restituzione della cosa e de' frutti *(praedes litis et vindiciarum)*; 3° finalmente il *vas* al plurale *vades* che risponde reciprocamente alle parti della loro comparsa sia *in jure*, sia innanzi al giudice. Varrone *de ling. lat.* V. 7, ci fa notare quantunque sotto il sistema precedente alcune di queste differenze: « *Sponsor*, et *Praes*, et *Vas neque idem, neque res a quibus ii, sed dissimiles. Itaque Praes qui a magistratu interrogatus in publicum ut praestet; a quo, cum respondet, dicitur Praes. Vas appellatus qui pro altero vadimonium promittebat* ».

(6) Festo: « *Contestari est cum uterque reus dicit: Testes estote. Contestari litem dicuntur duo*

giudice. I litiganti cominciano innanzi a lui dall'esporre brevemente il loro affare il che presso noi dicesi dar le conchiusioni, e presso i Romani *causae collectio*, o *conjectio* (1).

Di poi vengono i vari modi d'istruzione: prove per testimoni, o altre, esame de'luoghi, e le aringhe o difese particolari. Tutto questo finisce con la sentenza (*sententia*), la quale pon fine alla missione del giudice.

Per l'esecuzione, in caso di difficoltà si dee ritornare innanzi al magistrato, essendo chè egli solo ha l'*imperium*. Quest'esecuzione in materia di diritti reali si opera con l'aiuto della forza pubblica, se fa mestieri (*manu militari*), e colpisce direttamente l'oggetto medesimo del diritto. Per le obbligazioni, salvo i casi rarissimi della *pignoris capio*, l'esecuzione forzata cade direttamente sulla persona del debitore per mezzo dell'azione della legge *per manus injectionem*.

Le azioni della legge, sempre eccetto la *pignoris capio*, non possono aver luogo che in certi giorni dell'anno in cui è permesso al magistrato di esercitar la giurisdizione (da dire il diritto), e che perciò son detti giorni *fasti* (da *fari* parlare). Gli altri giorni son detti *nefasti*; allora, per usare il liguaggio poetico di Ovidio, le tre parole consacrate della giurisdizione DO, DICO, ADDICO restano in silenzio.

« Hic nefastus erit, per quem tria verba silentur:
« Fastus erit, per quem lege licebit agi » (2).

La fissazione de'fasti era in origine una faccenda tutta pontificale tenuta nel segreto, di cui noi sappiamo essersi fatta la prima divulgazione per opera di Flavio (*Hist. du dr. rom. n.° 9*), ma essa per sua natura restava sempre soggetta ad una certa variazione. Le azioni della legge erano generalmente abolite da più d'un secolo quando per comodo delle persone di campagna i giorni di mercato (*nundinae*), i quali ricorrevano ogni nove giorni, furono messi legislativamente nel numero de'giorni fasti per la legge HORTENSIA *de nundinis* (anno 685. di R) (3).

Il principio che la giurisdizione e la giustizia si amministrano pubblicamente è un principio di tutti i tempi nel diritto romano. Ma siffatta pubblicità sotto il sistema delle azioni della legge è più largamente ordinata: la giurisdizione si esercita nel *forum* ed in pieno giorno; il tramonto del sole è il termine supremo (*suprema tempestas*) di ogni procedura (4): « Vuoi far ripeter tutto da capo, uomo malvagio, affinchè il giorno mi venga meno.

« Omnia iterum vis memorari, scelus, ut defiat dies ».

dice nella commedia di Plauto Tracalione stanco delle interpellazioni del suo avversario (5).

SECONDO SISTEMA

Della procedura per formole (*ordinaria judicia*)

Origine e svolgimento di questo sistema.

Tutta la storia del diritto romano si reassume in questa proposizione: il diritto quiritario si umanizza. Lo stesso è per la procedura. Il sistema delle azioni della legge esclusivamente riserbato a'soli cittadini va gradatamente a sparire innanzi

aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote! » AULO GELL. *Noct. At.* V. 10, ove senza alcun dubbio si vede che la litis contestatio si faceva *in jure*.—CIC. *Act. XVI. 15.*

(1) Gai. Com. 4, § 15. « *Deinde cum ad judicem venerant, antequam apud eum causam perorarent solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere: quae dicebatur causae collectio, quasi causae suae in breve coactio* ».—ASCONIO *In Ver. act. 2, lib. 1, § 9*: « *Quo cum esset ventum (ad judicem) antequam causa ageretur quasi per indicem rem exponebant quod ipsum dicebatur causae conjectio, quasi causae suae in breve coactio* ». La somiglianza tra Gaio ed Asconio in questo passo, ed in quelli che qui sopra abbiam citati nota 2 della p.prec. è notabile. O si voglia che le note attribuite ad Asconio contemporaneo di Augusto e di Tiberio siano veramente sue, o che appartengono a qualche scrittore molto posteriore, come oggi si potrebbe credere, questi diversi passi sono stati senza dubbio compilati l'uno sull'altro, o almeno sopra un documento comune. — AUL. GELL. *Noct. At. V. 10.* — *D. 50, 17*, De reg. jur. *1, f. Paul.* « *Regula est quae rem quae est breviter enarrat.. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et ut ait Sabinus, quasi causae conjectio est* ».

(2) OVID. *Fast. 1, v. 47, e seg.* VARRONE *De ling. lat. V.* « *Dies fasti, per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet fari. Dies nefasti per quos dies nefas fari praetorem:* DO, DICO AD.

(3) MACROB. *sat. 1, 15, 16.* « Lege HORTENSIA *effectum ut fastae essent nundinae, uti rustici qui causa nundinandi in urbem veniebant, lites componerent. Nefasto enim de praetori fari non licebat* ».

(4) V. il testo delle XII. TAV. *Hist. du dr. r.* TAV. 1, §§ 6, e seg.

(5) PLAUTO *Rudens*, at. 4, sc. 4, v. 63.

ad un sistema appropriato al diritto delle genti, ed all'uso de' peregrini. La demolizione dell'azione primitiva, cioè del *sacramentum* continua, e si compie.

Al punto in cui siam pervenuti il *sacramentum* non è realmente adoperato in altro che nelle quistioni di stato, di dominio quiritario, e di successione, della competenza del collegio de'centumviri, ed in alcuni casi particolari rimasti fuori dalle altre azioni della legge. Per le obbligazioni in generale la *judicis postulatio*, e la *condictio* l'han surrogato. E queste medesime sono anche le prime a sparire per dar luogo ad una procedura più semplice introdotta da prima per occasione de'peregrini; finalmente il *sacramentum* sarà surrogato a suo tempo da questo medesimo sistema anche nei casi in cui si era mantenuto in vigore.

Ne'primi anni del sesto secolo di Roma (1) poco prima delle leggi SILIA e CALPURNIA, le quali crearono e svolsero l'ultima azione della legge, la *condictio* (2), fu istituito il Pretore peregrino (*praetor peregrinus*) spezialmente incaricato della giurisdizione nelle relazioni de'peregrini tra loro, o coi Romani (*plerumque inter peregrinos jus dicebat*). Quì non poteva esser quistione della procedura delle azioni della legge, essendochè essa era riserbata a'soli cittadini; nè del diritto civile e delle sue diverse conseguenze sia per la proprietà sia per le obbligazioni, o per altre qualsivogliano materie, giacchè i peregrini non partecipavano del diritto civile; nè in fine del giudice ordinario dei cittadini, di quel giudice preso nella classe de'senatori. Il giudice, la procedura, e lo stesso diritto, tutto doveasi creare o regolare dalla sola podestà (*imperium*), e dalla giurisdizione del magistrato.

Allora, nelle mani di questo magistrato furono ordinate e cominciarono a raffermarsi alcune pratiche, le quali senza dubbio aveano il loro germe più in alto, e che debbono rimontare ai tempi, in cui la giurisdizione pe'peregrini era ancora straordinariamente esercitata dal magistrato comune, come casi rari ed eccezionali.

Il pretore peregrino, innanzi a cui comparivano *in jure* i due litiganti, de' quali uno almeno era straniero, dopo l'esposizione reciproca della loro causa dava loro per giudice non già il giudice unico che si dava a'cittadini, preso nell'ordine senatorio, ma più ricuperatori, quegli antichi giudicanti dei peregrini (3), ed ordinariamente al numero di tre o di cinque, presi e convenuti anche inaspettatamente, senza distinzione, tra i cittadini o le persone presenti al tribunale. E siccome quì non era quistione di diritto civile, ma tutto doveasi regolare dall'*imperium*, e dalla giurisdizione del pretore, così questi rilasciava alle parti una sorta d istruzione scritta, o sentenza condizionale secondo il detto del SAVIGNY formata pei ricuperatori, nella quale dopo aver conferito a questi ultimi i loro poteri in questi termini: RECUPERATORES SUNTO, egli indicava loro la decisione che aveano a profferire dopo fatta la verificazione dei punti sottomessi al loro esame. Questo è ciò che chiamasi formola (*formula*), che si vuole accuratamente distinguere dalle formole o parole sacramentali pronunziate nelle azioni della legge (4). Da questo medesimo fatto che quì non poteva esser quistione di diritto civile risultano eziandio parecchie conseguenze, ma tra le altre due molto importanti a notare:

1° Il Pretore peregrino non può nella sua formola proporre ai ricuperatori una quistione di diritto civile, perciocchè non si è nel campo di questo diritto; ma da prima indica i fatti che son avvenuti, secondo la narrazione delle parti, i quali fatti egli dà a verificare (*sed initio formulae nominato eo quod factum est*); per esempio: RECUPERATORES SUNTO. SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE ». Dopo di che egli aggiugne le parole per le quali dà a'ricuperatori il potere di condannare, o d'assolvere secondo che questi fatti saranno verificati, o nò, (*adjiciuntur ea verba per quae judici damnandi, absolvendique potestas datur*), indicando loro la condanna da pronunziarsi, alcune volte d'una maniera rigorosamente precisa, alcune volte con una certa latitudine; per esempio «QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM RECUPERATORES NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATE: SI NON PARET, ABSOLVITE ». (5). Egli è chiaro che in queste formole o sen-

(1) Anno di R. 507, secondo LIDO De magistrat. *1, 38, 45. (Hist. du droit. r. n. 40.*

(2) La prima per congettura nel 510, e la seconda nel 520 di R. *(Hist. du droit. r. n. 47.*

(3) Ved. *Hist. du droit. r. n. 35.* con le note in appoggio.

(4) Ved. questa distinzione stabilita *Hist. du droit. r. n. 48.*

(5) Ved. Gai. Com. 4, §§ 46, e 47. — Aulus Agerius et Numerius Negidius, o semplicemente A. A.

tenze condizionali nel modo come sono state introdotte pe' peregrini vi son solamente due parti: la prima la quale contiene i fatti da verificarsi ed esaminarsi, sotto questa forma condizionale SI PARET (sè è provato): questa è come la condizione apposta alla condanna; la seconda la quale contiene la condanna da pronunziarsi con la facoltà alternativa di assolvere se i fatti non saranno provati SI NON PARET. Questa è quella formola che dicesi concepita in fatto *in factum concepta*, ed è la prima che fu inventata, la sola che regolarmente fosse possibile pei peregrini. Quando questa formola si estenderà a'cittadini, e sarà perfezionata, allora saranno immaginate delle altre maniere di formole, e vi si verranno ad aggiugner due altre parti.

2° Per la medesima ragione che il diritto civile non può quì avere la sua applicazione, non può esser quistione pel giudice di riconoscere, o di attribuire alcuna proprietà *ex jure Quiritium*, alcuno de'suoi smembramenti, alcuno stato o diritto reale, neppure di far eseguire alcuna obbligazione direttamente ed in se stessa, come in vigore del diritto civile; la condanna non può aver per oggetto, come nelle azioni della legge, la stessa cosa domandata. In qualunque caso tutto si risolve in una somma di danaro, nella quale il pretore peregrino in virtù del suo potere e della sua giurisdizione autorizza i ricuperatori a condannare il convenuto, s'egli rimane succumbente. Ecco a mio avviso l'origine di quel notabile principio il quale diviene il carattere particolare del sistema formolario anche dopo la sua estensione ai cittadini, cioè che tutte le condanne son pecuniarie (1).

Nelle azioni della legge il potere della legge quiritaria si fa sentire per tutto: il diritto esiste. Quì si fa sentire il potere del pretore: il diritto deve crearsi. Il pretore dà l'azione alle parti, egli accomoda una decisione. egli per conseguente crea in certo modo un diritto pei fatti che propone ad esaminare; egli interpella il giudice da lui destinato, egli conferisce a lui il potere di condannare il convenuto ad una somma di danaro più o meno rigorosamente determinata, o di assolverlo. Tutto si risente dello stato in cui sono le parti, cioè fuori la partecipazione del diritto civile; tutto muove quasi necessariamente da questo stato.

Di tal fatta è la procedura che i cittadini cominciarono a seguire regolarmente fin dai primi anni del sesto secolo di Roma nelle liti tra peregrini, e nella loro relazione con questi. Essa era molto più semplice di quella delle azioni della legge, ed era di tal natura che si poteva agevolmente piegare ed adattare ai cambiamenti, ed al progressivo immegliamento della civiltà crescente. Poco tempo dopo, l'antica azione della legge il *sacramentum* pel bisogno che si provava di ridurre le cose a maggior semplicità, fu spogliata del suo ultimo retaggio in materia di obbligazione per l'introduzione della *condictio*. Ma non andò guari che tutto questo parve anche insufficiente, ed i cittadini senza alcuna legge precisa, ma sospinti solo dalla forza de'costumi cominciarono a ricorrere al sistema formolario, e a domandare al pretoro l'azione e la formola anche per le liti tra loro medesimi. Questa tendenza fu tra le altre cagioni favorita da questa congiuntura, che presso i Romani i magistrati investiti della giurisdizione non erano esclusivamente ristretti ciascuno nella sua sfera speciale, ma potevano, quando era mestieri, supplirsi a vicenda tra loro: per esempio il pretore peregrino potea supplire il pretore urbano nelle liti tra cittadini, e reciprocamente.

Ma dal momento che si trattò di estendersi anche a'cittadini tra loro il sistema formolario, fu mestieri farvi delle aggiunzioni e de'miglioramenti. In fatti quì s'incontrava il diritto civile, e la procedura legale era quella delle azioni della legge. I pretori adunque si studiarono, per quanto era possibile, di far le viste di accomodare il sistema che aveano creato, a quello delle azioni della legge, prendendo per imitazione da queste alcune pratiche, e parole che si potevano agevolmente trasferire nel loro. Le tracce di siffatta imitazione non ci sono ben note per una semplicissima ragione, ed è che i particolari, e le parole delle azioni della legge soprattutto in materia di obbligazioni ci son rimaste per la più parte ignote, e però ci è impossibile di fare un esatto e compiuto paragone. Nondimeno noi troviamo parecchi indizii incontrastabili di cosiffatta trasfusione.

---

e NN. tali sono i nomi supposti de' litiganti finti nel Formolario de' giureconsulti romani. — La formola *in factum* che noi qui abbiamo arrecata è presa da Gaio all'epoca in cui il sistema formolario si applica eziandio a' cittadini. Noi la riportiamo all'origine di questo sistema per l' uso primamente de' peregrini con l'intervento de' ricuperatori.

(1) Gai. Com. 4, § 48.

Di questo numero son le *sponsiones*, derivazione evidente del *sacramentum*. Il *sacramentum*, da che il deposito reale della somma richiesta fu sostituito dalla presentazione de'mallevadori o *praedes sacramenti*, non si celebrava più in altra guisa che per via di *sponsiones* cioè per quel modo di obbligarsi sollenne e verbale de'cittadini per mezzo di queste parole- SPONDESNE? SPONDEO. Il pretore interrogava i *predes sacramenti*, al pretore questi rispondevano, e verso il pretore medesimo, per lo Stato, essi rimanevano obbligati, giacchè il *sacramentum* della parte che rimaneva succumbente si acquistava dal tesoro pubblico. Queste provocazioni servirono come mezzo di passare dal sistema delle azioni della legge alla procedura formolaria applicata ai cittadini, riducendosi però a maggior semplicità, e divenendo meno gravose per le parti. In luogo di presentare de'mallevadori le parti si doveano obbligare elleno stesse per la *sponsio*: esse da prima erano state esentate dal deposito effettivo, allora furon liberate eziandio dall'impaccio di dover trovare de'mallevadori; bastava il loro obbligo personale. Inoltre in cambio di obbligarsi verso il pretore, si obbligarono innanzi a questo magistrato *in jure* ma l'una verso l'altra: dal che vennero per queste scambievoli stipulazioni i nomi di *sponsio* e di *restipulatio*, *sponsio* per l'interrogazione dell'attore, *restipulatio* per quella del convenuto (*spondere* per l'uno, e *restipulari* per l'altro). In tal modo la somma promessa dalla parte che perderà, sarà acquistata non piu al tesoro pubblico, ma alla parte vittoriosa, E per siffatta guisa questa provocazione prende il carattere al tutto determinato di una scommessa, e se si ponga mente alle parole, ne ha eziandio tutta la forma: *se* la tal cosa ha luogo (SI), o *se* la tal cosa non ha luogo (NI) prometti tu di dar tanto (1)?

Su questa scommessa era ordinata una formola per la quale il giudice avea a verificare i fatti posti come base della scommessa: egli decidendo chi dovea pagar la scommessa, o in altri termini qual era la *sponsio* giusta o ingiusta, decideva nel tempo stesso, e perciò solo la lite. Nella più parte de' casi la *sponsio* avea un carattere penale: essa era la pena della lite ingiusta, cosicchè o l' attore, o il convenuto dovea perderla per avere ingiustamente litigato, ed oltre a ciò se il convenuto era il succumbente, questi era condannato anche all'oggetto principale della lite. Ciò avea luogo in materie di obbligazioni (2). In altri casi la *sponsio* non era effettualmente altroche un mezzo pregiudiziale da impegnar la lite col sistema formolario, come noi vedremo per le reclamazioni di proprietà ed altri diritti reali. Qui, come dice Gaio, la *sponsio* non è penale ma pregiudiziale. « *Nec enim poenalis est, sed praejudicialis*, » (3). La trasfusione del *sacramentum* dall'azione della legge nella *sponsio* del sistema formolario è evidentissima : del resto Gaio l'enuncia in termini formali (4). Ma vi ha di più : questa trasfusione non si è operata direttamente dall' azione *sacramento* alla procedura formolaria, il passaggio è stato lento e per gradi, vi è stato un certo che d' intermezzo. Egli è adunque probabilissimo che sotto lo stesso regime delle azioni della legge, quando all' azione *sacramento* fu sostituita la *condictio* per le obbligazioni di dare una cosa certa, allora fu eziandio sostituita la sponsio al *sacramentum*. Questa sostituzione, la quale fu un notabile immegliamento, sarebbe l'opera della legge SILIA; le *sponsiones* e *restipulationes* avrebber fatto parte delle formalità della *condictio* le quali ci son rimaste ignote; ed in questo stato il sistema formolario dando compimento alla trasformazione le avrebbe ricevute in se (5).

---

(1) Gai. Com. *4*, § *93*. « *Si HOMO, QUO DE AGITUR EX JURE QUIRITIUM MEUS EST SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES?* » — *Ivi* § *165* : *Si contra edictum praetoris non exhibuerit, aut non restituerit* — *Ivi* §. *166* « *QUAE ADVERSUS EDICTUM PRAETORIS INTERDICENTIS NOBIS FACTA ESSENT, INVICEM SI NON RESTITUANTUR, DARE SPONDES?* » — CIC. *Pro Caecin. c. 16, 23.* — *Verr. III. 57, 59.* — Pro Quint. c. 27. — De off. *III. 19.* — *Ascon. In Verr. 1, 45.* — *VALER. MAS. II. 8.* — *AUL. GELL. Noct. Act. VIII. 2.*

(2) *Gai. Com. 4*, § *13*: *Sponsionis et restipulationis poena* « *Ivi* § *171*. Similmente per gli interdetti: §§ *167 e 168*: » *Sponsionis et restipulationis summam poenae nomine* ». Io credo che sia cosa ben notevole questa circostanza che m' ha rivelata il mio amico LEFEVRE tenente di vascello, conosciuto nella scienza e nella politica per molti viaggi di esplorazione in Abissinia, che in questo paese la maniera d'impegnare una lite consiste ancora in una precedente scommessa tra le parti.

(3) *Gai. Com. 4*, § *94*.

(4) *Gai Com. 4*, § *13*.

(5) L' azione *certae creditae pecuniae* oggetto della legge SILIA è precisamente quella in cui la procedura ha luogo per *sponsionem*. « *Atque hoc tempore periculosa est actio creditae pecuniae propter sponsionem... et restipulationem* ». (*Gai. Com. 4*, § *13*). — L' ammontare della *sponsio* e della *restipulatio* è qui del terzo della somma domandata : « *Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, velut de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis; constitutae vero pecuniae*

La somma della *sponsio* non era una somma certa e radicalmente determinata come quella del *sacramentum*. Alcune volte essa era d' una certa porzione della somma domandata, come sarebbe il terzo, la metà (1); altre volte pare fosse stata rimessa alla volontà delle parti: il che si osservava, come fra poco vedremo, per le reclamazioni di proprietà. All' attore si aspettava di provocare alla *sponsio*, dal che ebbero origine le parole: *sponsione provocare*, *aggredi*, *lacessere*; per lui guadagnar la lite dicevasi *sponsione vincere*; e pel convenuto *sponsionem vincere* (2): tutto questo è quasi identicamente dedotto dalle locuzioni applicate al *sacramentum*. Litigare, agire con questa procedura si diceva *sponsione certare*, *agere per sponsionem*, o *agere cum periculo*; e per contrapposto *agere per formulam*, *agere sine periculo* quando non interveniva alcuna cosiffatta scommessa (3). La procedura *per sponsionem* era talvolta imposta alle parti sia da qualche disposizione della legge, o da qualche editto, sia dal magistrato secondo le circostanze particolari della causa. Gaio ce ne da degli esempii per le azioni *creditae pecuniae*, *de pecunia constituta*, e per gl'interdetti (4). Altre volte era in libertà dell'attore di prendere l'una o l'altra via e di agire *cum periculo*, o *sine periculo*. Noi incliniamo a credere esservi stato in ciò un andamento graduale per passare dalla procedura delle azioni della legge a quella delle formole, e che le *sponsiones* obbligatorie nella prima pratica formolaria, alla fine divennero facoltative. Questo andamento progressivo ci si presenterà in modo ben manifesto nelle azioni per reclamo di proprietà e di diritti reali.

Noi abbiamo eziandio una traccia evidente della maniera come i pretori aveano rannodato il loro sistema formolario a quello delle azioni della legge, in quelle azioni la cui formola era compilata per finzione d' un' azione della legge: « *Quae ad legis actionem exprimuntur* », dice Gaio: per contrapposto a quelle che prendevano in se medesime la lor forza: « *Quae sua vi ac potestate constant* (1). Ed appunto per occasione di questa sorte di formole finte Gaio imprende ad esporre le azioni della legge. Ma la laguna che si trova in quel luogo del suo manoscritto dov' egli veniva annoverando queste diverse finzioni, c' impedisce di conoscerle. Noi ne abbiamo un solo esempio ed è la finzione della *pignoris capio* data a' gabellieri, la quale sta in ciò che il giudice è dalla formola incaricato di condannare, se vi ha luogo, colui ch'è convenuto dal gabelliere precisamente alla medesima somma, la quale sarebbe stato obbligato di pagare per liberare il pegno, se si fosse esercitata contro lui l' azione della legge *per pignoris capiones* (2). Da ciò noi comprendiamo che qui non già la forma delle azioni della legge è trasferita nel sistema formolario ma sibbene il diritto, il risultamento ch'essa dovea produrre; di maniera che per la formola si giunge al medesimo effetto che per l' azione della legge. Del rimanente Gaio ci dice che niuna formola era stata compilata per finzione della *condictio*: « *Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur* » (3) vale a dire che quando noi pretendiamo che una cosa certa ci debba esser data, la formola in quanto alla condanna da pronunziarsi non si riferisce all'effetto che avrebbe potuto l'azione della legge *per condictionem*, ma ha per se medesima il suo effetto proprio e particolare: « *sua vi ac potestate valet* ». Gaio ci dice altrettanto delle azioni *comodati*, *fiduciae*, *negotiorum gestorum*, ed altre innumerevoli, egli aggiunge: il che si riferisce ad altrettante applicazioni dell' azione della legge *per judicis postulationem*.

Da ultimo nelle diverse parti, ed anche in certe dizioni delle formole noi tro-

partis dimidiae ». (*Gai. Com. 4, 171*). — Cic. chiama questa porzione *legitima pars*, il che dinota questa essere stata fissata da una legge: « *pecunia tibi debebatur certa quae nunc petitur per judicem, in qua legitimae partis sponsio facta est* ». (Cic. *pro Roscio 4*). *Pecunia petita est certa, cum parte sponsio facta est* ». (*Ivi c. 5*). — Da ultimo la tendenza del sistema formolario è stata quella di render più semplice la procedura. Esso non avrebbe introdotto la *sponsio* in cambio del *sacramentum* nell' azione *certae creditae pecuniae* se la *condictio* già introdotta per quest' oggetto per la legge Silia avesse soppressa ogni cosiffatta formalità.

(1) Ved. i due esempii arrecati nella nota precedente.

(2) *Gai, Com. 4*, § *165*. Cic. *Pro Tull. 30*; *Pro Caecin. 31, 32*; *Pro Quint. 27*; *Ad Her. IV. 25*.

(3) *Gai. Com. 4*, §§ *91, 162, 165. etc.*

(4) *Gai. Com. 4*, §§ *15, 171, 162, e seg.*

(1) *Gai. Com. 4*, § *10*.

(2) *Ivi* § *32*.

(3) *Ivi* § *33*. Non vi è una buona ragione per questo: cioè che la condanna era sempre pecuniaria nella formola, mentre essa colpiva la cosa medesima nell'azione della legge *per condictionem*?

viamo parimenti degl'indizî della loro analogia con le azioni della legge, e dell'arte con che i pretori faceano vista di dedur le une dalle altre. Da che non si trattava più di peregrini, ma i cittadini romani medesimi per le liti che avean tra loro ricorrevano alle formole, potevano sorgere vere quistioni di diritto civile sì di obbligazioni, e sì di proprietà; e per conseguente la quistione da proporre nella formola poteva non esser più una semplice quistione di fatto, alla quale il pretore adattava una decisione in virtù del suo potere, ma una vera quistione di diritto civile. Per esempio: « SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE; » ovvero: QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE, FACERE OPORTERE» ovvero: « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE ». In fatti il sapere se Numerio Negidio sia obbligato di dare o di fare (*dare, o dare facere oportere*) o se il tale schiavo appartenga ad Aulo Agerio secondo il diritto quiritario sono tante quistioni di diritto civile. Gaio dice formalmente che in siffatte formole *de jure quaeritur*: ovvero che sono *in jus conceptae* (1). Ma questa quistione di diritto civile la quale frequentemente si presenta pe' cittadini, d' ordinario non può esser proposta così seccamente senza alcuna indicazione de' fatti da' quali sorge. Adunque è mestieri che la formola contenga una parte preliminare la quale indichi e mostri la cosa, i fatti de' quali si tratta, e sui quali s' eleva la quistione di diritto. In questo modo la formola che pei peregrini avea semplicemente due parti si fa più complicata pei cittadini per le loro contestazioni di diritto civile, e si decompone in tre parti: La prima la quale mostra la cosa di che si tratta, ed i fatti invocati dall'attore: « JUDEX ESTO, QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR... » La seconda la quale propone la questione di diritto risultante da questi fatti secondo la pretensione dell' attore: « QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX BONA FIDE... » Finalmente la terza la quale dà al giudice il potere di condannare o di assolvere: « EJUS JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT, SI NON PARET, ABSOLVITO ». Secondo la loro destinazione reciproca, la prima di queste parti è detta, *Demonstratio*, la seconda *Intentio*, e la terza *Condemnatio*, compresavi anche alternativamente l'assoluzione. Le parole sacramentali che i litiganti pronunziavano nelle azioni della legge non ci sono così a sufficienza pervenute che noi possiamo giudicare fino a qual punto i pretori le aveano fatto passare in queste diverse parti delle loro formole, ma da quel poco che ne sappiamo già possiamo vedere delle tracce sufficienti di cosiffatto trasferimento. Così nelle azioni della legge sia per la presentazione al tribunale degli oggetti o di qualche segno rappresentativo degli oggetti, sia per le scambievoli interrogazioni delle parti si faceva manifesta, e la cosa della quale si trattava, e le pretensioni di diritto dell'attore. Nelle formole, le pantomime, i simboli, tutto ciò che vi ha di materiale è scomparso, non occorre più che a vicenda s'interghino, ma invece il magistrato medesimo s'indirizza al giudice, benchè per altro egli imiti il più che sia possibile la parte sostanziale delle parole pronunziate nelle azioni della legge. Così una delle interpellazioni per le quali nelle azioni della legge l'attore manifesta l' oggetto di che si tratta e i fatti sui quali egli si appoggia è stata conservata, ed è quell' azione *per manus injectionem*: « QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS ES » (2). Tale è precisamente l' espressione che il pretore ha trasferita nella *demonstratio* delle sue formole: » QUOD AULUS AGERIUS... etc. ed ancora noi troviamo in Gaio (il che per quel che io mi sappia non si è ancora abbastanza notato) la *demonstratio* prima che il magistrato l'avesse in suo proprio nome fatto passar nella formola, sotto questa vecchia forma di dialogo: « QUOD EGO DE TE HOMINEM EROTEM EMI » (3). Parimente noi abbiamo non già in materia di obbligazione, ma in materia di proprietà le parole per le quali le parti nelle azioni della legge annunziavano la loro pretenzione: « HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO . . . . etc. ». E queste parole appunto il pretore quasi identicamente trasferisce nell' *intentio* della sua formola in siffatta materia: « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE» Questo parallelo è convincente, e se esso non si può spingere più oltre, la ragione è che noi non conosciamo le interpellazioni sacramentali delle azioni della leg-

(1) *Gai. Com. 4*, §§ *41 e 45*.
(2) *Gai. Com. 4*, § *21*, confrontato col § *24*.
(3) *Gai. Com. 4*, § *59*.

ge, sopratutto in fatto di obbligazioni. Da questa medesima considerazione che tra cittadini si possono elevar delle quistioni di diritto civile e di dominio quiritario è venuta per le formole la passibilità in certi casi particolari di una quarta parte distinta dalle tre precedenti. In fatti nell'azione per divisione di eredità (*familiae erciscundae*) la quale deriva dalle XII Tavole, ed in quella per divisione di una cosa comune (*communi dividundo*) il fondo dell'affare consiste nell'attribuire a ciascun condividente la proprietà esclusiva della quota che gli ricade; similmente nell'azione per regolare i confini tra vicini (*finium regundorum*) la quale discende eziandio dalle XII Tavole i Romani aveano ammesso che il giudice poteva, se la miglior determinazione di essi il richiedeva, modificare in parte i limiti esistenti e per conseguente attribuire all'uno una parte della proprietà dell'altro. Noi non sappiamo in che modo nel sistema delle azioni della legge si fosse provveduto a siffatta necessità, ma in quello delle formole il pretore dovea con una clausola speciale dare al giudice la facoltà di fare queste attribuzioni di proprietà. Dal che fu introdotta per le formole una quarta parte l'*adjudicatio*, la quale si trova solamente in queste tre azioni particolari: « QUANTUM ADJUDICARI OPORTET JUDEX TITIO ADJUDICATO » (1).

Ecco in che maniera la composizione delle formole immaginata da prima nella sua maggior semplicità e con due parti soltanto pei peregrini, perchè questi non partecipavano del dritto civile, si è poi svolta ed aumentata quando se n'è fatta l'applicazione a'cittadini, ed ecco in che maniera son nate le quattro parti distinte, delle quali si possono comporre. Del rimanente anche pe' cittadini, secondo la diversità de' casi, come spiegheremo fra poco, e segnatamente quando non si tratta di questioni di dritto civile, è possibile che la formola resti nella sua primitiva semplicità, vale a dire *concepta in factum* con due parti soltanto.

L'applicazione del sistema formolario ai cittadini romani estese anche ad essi l'uso de' ricuperatori, i quali da prima si erano introdotti pe' soli peregrini. Tuttavia questo uso non fu per regola generale, ma solamente in certe cause. Il pretore per dritto comune dà alle parti con la sua formola l'*unus judex* o l'*arbiter*, secondo le regole proprie a'cittadini

Da ultimo i cittadini togliendo in prestanza dalla giurisdizione de' peregrini la via formolaria ne ritennero questo principi, oche ogni condanna debba esser pecuniaria, tuttochè non vi fosse per essi la medesima necessità, ed abbandonarono quello delle azioni della legge nelle quali la sentenza potea colpir direttamente l'oggetto medesimo della domanda.

Tutto ciò erasi operato nell'esercizio della giurisdizione pretoria anche prima della pubblicazione della legge *Ebuzia*, mentre che le azioni della legge erano ancora la sola procedura legale. Dalla creazione del pretore peregrino alla pubblicazione di questa legge vi ha, secondo noi, un intervallo di circa 70, o 80 anni, ed in questo spazio di tempo si pone il primo svolgimento del sistema formolario applicato nell'uso ai cittadini. Se alcuno si voglia render ragione dell'effetto prodotto dalla legge *Ebuzia*, dee considerare per tutto ciò che precede, lo stato in cui la precedura era pervenuta al momento della sua pubblicazione; tra le azioni della legge per le liti il *sacramentum* non era più adoperato che per le sole qustioni di stato, di dritti reali cioè innanzi a' collegi de' centumviri, e per alcune cause speciali. Le azioni della legge *per iudicis postulationem e per condictionem* costituivano la procedura legale per le obbligazioni, ma nel fatto per tali materie i cittadini imitando ciò che si praticava pe' peregrini preferivano per lo più di ottenere dal pretore per se medesimi l'uso delle formole. Sicchè la legge AEBUTIA cedendo al voto popolare venne in certo modo a sanzionare, e regolar legislativamente questo stato di cose. Essa non inventò nè introdusse alcuna nuova pratica, ma legalizzò quella che l'uso già avea introdotta e resa comune. Le azioni della legge *per judicis postulationem*, e *per condictionem* furono radicalmente abolite, e ad esse fu sostituito l'uso delle formole. In quanto al *sacramentum* questo si mantenne col collegio de'centumviri innanzi al quale se ne faceva uso in materia di diritti reali; perciocchè questo collegio era un'istituzione tanto considerevole e popolare da non potere agevolmente esser distrutto. Esso fu del pari mantenuto in uno de' suoi casi speciali di applicazione, cioè in quello del

(1) *Gai. Com. 4, § 42.*

danno imminente (*damni infecti*) (1). Ma anche per questi ultimi punti l'uso, il quale decisamente volgea in favore della procedura formolaria giunse pur alla fine a schivar la pratica delle azioni della legge.

In fatti pel danno imminente (*damnum infectum*) il pretore immaginò i mezzi di garentia che noi abbiamo esposti (sop. p. 110), e niuno, per quel che dice Gaio parlando de' suoi tempi, volle più agire per questo oggetto, con l'azione della legge.

Finalmente in quanto si appartiene ai reclami di proprietà, ed altri diritti reali, anche questi furono ridotti alla procedura formolaria, ed ecco per qual via si pervenne. Siccome da principio il sistema formolario fu appropriato unicamente alla materia delle obbligazioni, e la *condemnatio* ch'esso contiene era per la sua medesima natura estranea ai diritti reali, così queste sorte di diritti, non vi poteano per via diretta esser ridotti: tanto più che la procedura legale per essi era quel *sacramentum*, ed il giudice competente, il collegio de' centumviri. Per giungervi si trasformò in un certo modo almeno fintamente la quistione del diritto reale in una quistione d'obbligazione: e questo per una imitazione lontana del *sacramentum*. Si ricorse alle *sponsiones* Ma quì in luogo di una promessa reciproca delle due parti l'attore solo provoca il suo avversario per una *sponsio* conceputa in questo modo: « SI HOMO QUO DE AGITUR EX JURE QUIRITIUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES? » Fatta a questa *sponsio* la risposta affermativa, che sosteneva che appartenendo a lui *ex jure Quiritium* lo schiavo in quistione, il suo avversario era obbligato di dargli i XXV sesterzi promessi sotto condizione. Questa allora diveniva un obbligazione condizionale di *dare oportere*: vi si applicava per conseguenza la formola convenevole a queste spezie di obbligazioni; ed il giudice per decidere se la somma promessa era dovuta, o no era obbligato di giudicare la quistione di proprietà. Del resto questa promessa di danaro non era seriamente fatta, giacchè l'attore che rimaneva vittorioso non esigeva la somma promessa. E però Gaio dice che questa *sponsio* non era penale, ma solamente pregiudiziale. Segue eziandio da ciò che la somma era indifferente, lasciata in balia delle parti, e che i XXV sesterzi contenuti nella formola arrecata da Gaio sono semplicemente un esempio. Ma l'attore profittava della decisione per trarne argomento in quanto al suo diritto di proprietà, e per ottenere così la cosa da lui reclamata. Infatti oltre la *sponsio* di che si tratta, ed anche prima di questa *sponsio* il possessore avea dovuto promettere e garentire per via di mallevadore (*cum satisdatione*) che se egli succumbesse, restituirebbe la cosa e i frutti. Questa stipulazione era appellata *pro praede litis et vindiciarum*. E per questo modo si giungeva al risultamento desiderato imitando in gran parte il *sacramentum* e i *praedes litis et vindiciarum* dell'antica azion della legge (2). Quì si vuol avvertire che in questa trasformazione della procedura non vi ha, come nelle azioni della legge, eguaglianza di posizione tra le due parti, non vi ha più un *rivendicante*, ed un *controrevindicante*; non vi ha un'attribuzione provvisoria delle *vindiciae* lasciata all'arbitrio del pretore; ma fin da principio vi ha necessariamente un attore, ed un convenuto possessore; il solo attore rivendica, e si obbliga di provare la sua proprietà; in quanto al possessore, dopo aver risposto alla stipulazione *pro praede litis et vindiciarum*, ed alla *sponsio*, non dee fare alcuna pruova, ma solamente difendersi. Dopo avere per questa via indiretta piegato le azioni reali all'uso delle formole, e dopo che fu invalsa l'usanza di sottrarle così all'azione della legge per *sacramentum* ed al collegio de'centumviri si venne al termine di far di meno di tutti questi andirivieni, e di compilare una formola semplice per sostenere che la tal cosa apparteneva a se: « SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE ». La condanna continuò ad esser pecuniaria, ma siccome vedremo fu trovato modo di rimediare a questo inconveniente. Questa formola si nominò *formula petitoria*. Da

(1) *Gai. Com.* 4, § 31.

(2) Ved. su tutta questa materia *Gai. Com.* 4, § 91, a 96. — Il carattere della *sponsio* è ben determinato nel § 94: « *Non tamen haec summa sponsionis exigitur. Nec enim poenalis est sed praejudicialis; et propter hoc solum fit, ut per eam de re judicetur* ». Il seguente passo di Cicerone ci prova in un tempo medesimo che la stipulazione *pro praede litis et vindiciarum* avea luogo prima della *sponsio*, e che essa si faceva con la *satis-datio*. CIC. *In Verr.* 1, 45: *Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret, lege ageret in hereditatem, aut pro praede litis et vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret. Ita de hereditate certaret.*

quel punto, come dice Gaio, furono aperte due vie per reclamare un diritto reale pel sistema formolario: si potè agire o *per sponsionem*, o *per formulam petitoriam* (1); l'una avea fatto strada all'altra. Queste due forme di rivendicazioni formolarie si applicarono successivamente ed alla proprietà delle cose corporali, ed alle servitù, ed infine anche alla petizione di eredità. Cicerone di già le conosceva sì l'una come l'altra (2). Ma come all'occasione dell'eredità egli fa menzione unicamente dell'alternativa o dell'azione della legge per *sacramentum*, o della *sponsio* (3), così si potrebbe congetturare che la *formula petitoria* non fosse stata ancora applicata in quel tempo alla petizione d'eredità. Essa però senza dubbio era applicata al tempo di Gaio. (4).

Ecco dunque la procedura formolaria giunta al suo compimento di estensione: dalle obbligazioni di ogni maniera essa è passata ai diritti reali, e li comprende tutti. I centumviri ed il *sacramentum* restano come istituzioni legali per le quistioni di stato, di proprietà quiritaria, e di eredità, ma nella pratica i cittadini sono in libertà di ricorrere all'uso delle formole, anche per questi oggetti, ed in fatti vi ricorrono il più delle volte; da allora comincia se non in diritto almeno in fatto quella decadenza del collegio de'centumviri, la quale nella storia si osserva. Prendete per tipo ciò che abbiamo osservato in quanto a' diritti reali, e voi spargerete un vivo lume sulla maniera che si è tenuta, e sull'andamento graduale che si è seguito per l'introduzione delle formale nell'uso de' cittadini, e per la loro estensione.

Ora se ricerchiamo il senso tecnico della parola *actio* e le denominazioni più speciali che vi si riferiscono nella procedura per formole, potremo ritrovarne delle soddisfacenti spiegazioni. Noi comprendiamo perchè *actio* in questo sistema dinota più spezialmente il diritto conferito in ciascuna causa dal magistrato, di domandare innanzi ad un giudice ciò chè ci è dovuto: « *Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi* » (5); e per figura di lingua la *formola* che reassume ed esprime questo diritto; o il *judicium*, l'istanza ordinata per la formola in guisa che queste tre parole *actio*, *formula*, *judicium*, sovente vi son prese come sinonimi. (*Esposiz Generaliz. del dr. r. n.°* 95. 96 *e* 103.) Più particolarmente *actio* si applica soltanto alle istanze in materia di obbligazioni, o in altri termini alle azioni personali, essendocchè la formola propria pei reclami di proprietà è quella di *petitio* (6): e ciò per una ragione storica evidente, ed è che da principio le formole furono adoperate per le obbligazioni, e la petizione avea luogo innanzi al collegio de'centumviri. Sicchè la definizione della parola *actio* data da'giureconsulti romani in quel modo che da noi si è detto si riferisce solamente alle obbligazioni, e parla semplicemente di debito (*quod sibi debeatur*). In fine per un vestigio della lingua delle antiche azioni della legge la parola *vindicatio* è sempre rimasta alle azioni reali anche intentate per la via formolaria, quantunque non vi sia più nè *vindicta*, nè le cerimonie che vi si riferiscono; e quella di *condictio* ad una certa classe numerosa di azioni personali, quantunque l'attore non venga più a far denunzia (*condicere*) al suo avversario (7). In quanto a' ricorsi innanzi al magistrato acciocchè egli medesimo conosca e risolva l'affare straordinariamente, cioè senza istanza innanzi ad un giudice, questi si addimandano *persecutiones*. E questa distinzione trilogica: *actio*, *petitio*, *persecutio* è passata quasi sacramentalmente nel formolario della pratica romana (8).

---

(1) *Gai. Com. 4*, § *91*. « *In rem actio duplex... aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem* ».

(2) Cicer. *In Verr.* II, 12, riferisce precisamente un esempio di *formula petitoria*.

(3) Ved. la nota 2 della pag. prec.

(4) *D. 5, 3*. De hered. petit. *5, e 10, f. Gai.*

(5) *D. 44, 7*. De oblig. et act. 51, *f. Gels.*

(6) *Ivi 28, f. Papin.*: « *Actio in personam infertur*; petitio *in rem*; persecutio *in rem, vel in personam*.

(7) *Gai Com. 4*, § *5*: « *Appellamus autem in rem quidem actiones* vindicationes, *in personam vero actiones quibus dare facere oportere intenditur* condictiones. *Candicere est enim denuntiare prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere; nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit* ».

(8) Ecco un frammento di Ulpiano in cui tutto ciò trovasi in certa guisa reassunto: « Actionis *verbum et speciale est et generale*: *nam omnis actio dicitur sive in personam sive in rem sit, petitio: sed plerumque actiones personales solemus dicere*: petitionis *autem verbo in rem actiones significari videntur*; persecutionis *verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut fideicommissorum, et si quae aliae sunt quae non habent juris ordinarii executionem*». (*D. 51, 10*. De verb. *sign. 178*, § *2, f. Ulp.*)—Ved. anche ivi 49, f. Ulp. « *Æ-*

Ordinamento del pretore giuridico e giudiziario sotto il regime della procedura formolaria

Il rivolgimento avvenuto nella procedura per l'adozione graduale del sistema formolario non ha recato una considerevole modificazione nell'ordinamento delle autorità giuridiche o giudiziare. I cambiamenti sopravvenuti in tal materia durante il sistema formolario dipendono non già da questo sistema in se stesso, ma dagli avvenimento politici che si son compiuti.

Così quelli che riguardano le giurisdizioni furono cagionati principalmente dal crescere della popolazione, dall'aumentarsi del numero delle province, e dello svolgimento della loro organizzazione, dall'istituzione del potere imperiale, dalla creazione di nuove magistrature di sua invenzione. Ma quelli che riguardano i giudici, cioè l'istituzione delle liste che furon formate e pubblicate annualmente, e la divisione di esse in diverse decurie (*Hist. du. dr.* n. 52 dipendono dal risultamento della lotta tra i diversi ordini di cittadini, e dal pareggiamento che per gradi tra questi ordini fu effettuato.

Non pertanto ci ha due cambiamenti che a ragione si possono in gran parte attribuire all'adozione, ed alla estensione del sistema formolario. 1.° Il decadimento graduale dell' istituzione del collegio de'centumviri, pel quale s'era legalmente conservata la procedura del *sacramentum*; ma che la pratica abbandonava a misura che la procedura formolaria più si rendea generale. Le contestazioni sulla validità, sulla rottura de'testamenti, e sulla querela d'inofficiosità pare che sieno state le ultime cause che ad essi fosser rimaste. 2° L'applicazione ai cittadini, in certe cause, del giudizio de' ricuperatori, istituzione da principio inventata pei peregrini (*Hist. du. dr.* n. 35). In senso inverso sotto questo periodo *l'unus judex*, o *l'arbiter* un tempo esclusivamente proprio a' cittadini si poteron dare eziandio per le liti tra peregrini, o tra Romani e pregrini (1). Queste fu una comunicazione reciproca, una tendenza ad eguagliar le due condizioni (2). Nelle province i giudici benchè iscritti sopra alcune liste di decurie, che i governatori formavano ad imitazione di ciò che praticavasi in Roma, si chiamavano sempre ricuperatori: questi non si debbon confondere coi ricuperatori in Roma.

Noi non aggiungerem altro su questo argomento al quadro riassunto che ne abbiam presentato nella nostra *Esposiz. Gener. del dr.* (n.° 93).

Parti principali delle formole (partes formularum)

Noi abbiam veduto nascere per effetto dell'applicazione delle formole alla lite de'cittadini le quattro parti onde si compongon queste formole.

1° La *demonstratio* la quale indica la cosa di che si tratta ed i fatti invocati dall'attore in sostegno della sua pretensione (*quae praecipue ideo inseritur ut demonstretur res de qua agitur*); per es. «QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT, ovvero « QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT » (3).

---

quebonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus » — Ed il frammento di Papiniano citato nella nota 6 della p. prec. E la formola della stipulazione aquiliana. « *Quarumque rerum mihi tecum* actio; *quaeque adversus te* petitio, vel *adversus te* persecutio *est eritve* » (*sop. p. 216, e 217*). E quella della cauzione che dee dare il procuratore: « *non petiturum eum cujus ea de re* actio, petitio, persecutio sit » (*D. 46, 8*, Rat. rem hab *23 f. Julian*).

(1) *Gai. Com.* §§ *37, e 105.* — Cic. *In Verr. II 13. Pro Flacco 21.*

(2) Noi non abbiamo sufficienti dati per stabilire un complesso di regole fisse sulla competenza de' ricuperatori e sui casi ne' quali doveano esser nominati. E anche dubbio se questi fossero ben determinati. Noi conosciamo un certo numero di cause speciali rinviate ad essi: p. e. quella del padrone che si doleva d'essere stato chiamato *in jus* dal suo liberto senza precedente autorizzazione del pretore (*Gai 4* § 46); molto generalmente gl'interdetti (Ivi § 141); le mancanze al *vadimonium* (Ivi § 185); e molti altri che si potrebbero annoverare. Ma ciò non è sempre, e noi vediamo che per cause d'una medesima natura può esser dato un giudice, o de' ricuperatori. V'erano delle leggi le quali permettevano che si desse indifferentemente o l'uno, o gli altri (L. Thoria frag. sect. I. vol. 29, e sect. II, V. 22 e 26). Per contrario talvolta il Pretore annunziava nell'editto ch'egli darebbe dei ricuperatori nella tal causa, come l'indica questa formola nelle *Not.* di Valerio Probo: Q.E.R.E.T.P. J.R.D.T.D. D.G.F. *Quanti ea res erit, tantae pecuniae judicium recuperatorium dabo, testibusque dumtaxat decem denuntiandi potestatem faciam* In somma, salvo i casi specialmente determinati, pare che il magistrato avesse una certa latitudine per determinarsi a dare secondo le circostanze un giudice, o de' ricuperatori. La considerazione principale per l'impiego di questi ultimi sembra essere stata la celerità.

(3) *Gai Com.* 4, § 40.

2° l'*intentio* nella quale l' attore riassume la pretensione (*qua actor desiderium suum concludit*), e che in conseguenza propone la quistione di diritto delle causa (*Juris contestatio* secondo l' espressione di Gaio) (1); per es. come quistione di obbligazione: « *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X millia dare oportere*, ovvero: *Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere*; o come quistione di propietà; *Si paret hominem ex iure Quiritium Auli Agerii esse* » (2).

3° L'*adiudicatio* che dà al giudice il potere di attribuire ad una delle parti un diritto di proprietà appartenente all'altra (*qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adjudicare*); per es. « QUANTUM ADJUDICARI OPORTET JUDEX TITIO ADJUDICATO » (3).

4° Da ultimo la *condemnatio* che dà al giudice il potere di condannare o d'assolvere il convenuto (*qua iudici condemnandi absolvendique potestas permittitur*); per es. JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA: SI NON PARET ABSOLVE » (4).

Noi sappiamo che unicamente tra cittadini le formole possono presentare queste quattro parti; che rispetto a'peregrini, pei quali esse furon compilate da prima, non vi era luogo a proporre alcuna quistione di diritto, nè per conseguente, si richiedeva alcuna indicazione di fatti dai quali siffatta quistione potesse sorgere. Ma la *demonstratio*, e *l'intentio* eran confuse l'una nell'altra, o per meglio dire, esse allora non erano state per anco distinte e dominate separatamente. E però si può notare che la definizione, e gli esempi che Gaio ne arreca, non si riferiscono veramente se non a liti tra cittadini di diritto.

Ma tra i medesimi cittadini queste quattro parti si trovano raramente tutte riunite in una sola e medesima formola.

L'*adiudicatio* s'incontra soltanto in tre azioni particolari: le azioni *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, e *finium regundorum*. Queste tre azioni dunque sono le sole che possano offrire la riunione delle quattro parti. Per le altre azioni di diritto civile in generale vi rimangono regolarmente tre parti: la *demonstratio*, *l'intentio*, e la *condemnatio*.

Ma la *demonstratio* può alla sua volta mancare in una formola anche di diritto civile: imperocchè può avvenire che non vi sia da fare preliminarmente alcuna indicazione di fatti particolari per proporre la quistione di diritto: tal è il caso del reclamo di proprietà: infatti l'attore sostiene in una maniera generale che la cosa appartiene a lui *jure Quiritium*, ed egli lo proverà per tutti i mezzi possibili, senza limitare la sua pretensione a tale o tal'altra causa particolare di proprietà (5). Inoltre vi ha de'casi, in cui, benchè si tratti di cittedini, la quistione si propone come si praticava anticamente pei peregrini, cioè come quistione di fatto e non di diritto, di tal maniera che la *demonstratio* e *l'intentio* vi si trovino confuse insieme. In tutti questi casi adunque non vi son più di due parti nella formola: *l'intentio* e la *condemnatio*.

Finalmente può incontrare in talune cause speciali che non vi sia neppure la *condemnatio*. Queste cause son quelle nelle quali si tratta unicamente di ottenere per decisione giudiziaria la dichiarazione di uno stato, o di un fatto, per es. della paternità, della qualità di *patronus*, della quantità della dote, e di altre somiglianti cose, dalle quali non si vuole immediatamente dedurre alcuna condanna, ma se ne vuol posteriormente trar qualche vantaggio sia per un'altra lite, sia in altro qualsivoglia modo. La formola in questi casi contiene unicamente l'*intentio*. Essa porta il nome di formola pregiudiziale (*praejudicialis formula*), o semplicemente *praejudicium* (6). Da alcuni frammenti di Gaio e di Paolo si può congetturare con HEFFTER e ZIMMERN che essa sia stata compilata in questa forma; JUDEX ESTO, PRAEJUDI-

(1) *Ivi* § *60*.
(2) *Ivi* § *41*.
(3) *Ivi* § *42*.
(4) *Ivi* § *43*.
(5) *D. 44*, De excep. rei jud. *2, 14*, § *2*, *f. Paul.* « *Actiones in personam ab actionibus in rem in hoc differunt quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulae obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. At cum in rem ego non expressa causa, ex rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest* » — *Confr. Ivi 11*, §§ *e 5*, *f. Ulp.*; *50*, *pr. f. Paul.*

(6) Di già Tenfilo nella sua parafrasi ci dava questa definizione dell'azione pregiudiziale per rispetto al sistema formolario: « *Praejudicium vero est formula ex sola intentione constans. Neque enim condemnationem in se habet* » (*Theop. inst. 4, 6*, § 13.). Ma questa definizione si capiva ben poco da' comentatori, e forte la criticavano, finchè la scoverta del manoscritto di Gaio non fu venuto a spiegarla (*Gai. Com. 4*, § 44.

CIO QUAERITUR AN... etc., o semplicemente JUDEX ESTO... AN (1). Noi avremo occasione di tornarvi sopra.

Fra tutte le parti l'*intentio* è la più importante. Essa è la parte vitale; non si può dar formola senza di essa; da questa le azioni traggono la più parte del loro principale carattere, e delle loro divisioni, ed in questa finalmente gli errori o le esagerazioni dell'attore possono aver per lui le più dannose conseguenze (2).

La *condemnatio* che nella sua prima origine è stata sempre pecuniaria, perchè emanava non già da un diritto di proprietà, o di obbligazione riconosciuto dalla legge civile, ma solamente dal potere del pretore, la *condemnatio* ha continuato a conservar questo carattere anche quando le formole sono state applicate a'cittadini, e questo non solamente in materia di obbligazioni, ma eziandio in materia di proprietà, e di tutti i diritti reali. Il giudice quando condanna, condanna sempre ad una determinata somma di danaro.

In quanto all'ammontare di questa somma la formola lasciava al giudice, secondo la natura dell'azione, più o meno di latitudine per determinarla. Talune volte, nelle azioni, per esempio, in cui la domanda, l'*intentio* è di una somma determinata (*qua certam pecuniam petimus*) , questa somma è formalmente precisa nella *condemnatio*: « *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X millia condemna: si non paret absolve* ». Ed il giudice non può condannar nè a più, nè a meno, senza far sua la lite. Altre volte, per esempio, nelle azioni in cui la domanda è di una cosa indeterminata (*veluti si incertum aliquid petamus*), la *condemnatio* fissa al giudice un limite (*aliqua praefinitio*), una tassa (*taxatio*), un *maximum* che non potrebbe oltrepassare senza far sua la lite, quantunque sia libero di tenarsi al di sotto. « *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X millia condemnato: si non paret absolve* ». In alcuni casi particolari questo limite, questa *taxatio* è ancor più vaga; essa non è rigorosamente determinata, come quella che precede, ad una somma fissa, ma solamente a qualche circostanza anch'essa indeterminata, e che il giudice dovrà valutare: tali son per esempio le azioni nelle quali l'attore non debb'esser condannato, se non fino alla concorrenza di ciò che è tornato a suo profitto, e dell'ammontare del peculio, (*dumtaxat de eo quod in rem versum est et de peculio*), o di ciò che le sue facoltà gli permetteranno di fare (*dumtaxat in id quod facere potest*) (3): Gaio non ha parlato di questa specie di *taxatio*, e noi non ne abbiamo la formola tecnica. In fine in un gran numero di azioni, per esempio, ne'reclami di proprietà, o nell'azione *ad exhibendum* (*si in rem agamus, vel ad exhibendum*) il giudice ha tutta la latitudine nella sua valutazione, e non gli è imposto alcun limite: « *Quanti ea res erit tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna: si non paret absolvito*; » ovvero « *Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*: » questa è l'*intentio*; e dopo di questa segue la *condemnatio* indefinita: *Ejus judex Numerinm Negidium Aulo Agerio condemnato*, etc., ovvero *quidquid paret*, etc. (4). Si vede nell'ordine in cui noi abbiam collocato questi esempii, che il potere del giudice vien successivamente crescendo: da prima una somma precisa (*certa pecunia*), di poi un *maximum*, un limite in una somma di danaro (*taxatio certae pecuniae*), di poi un limite preso in una circostanza indeterminata (che si può chiamare *taxatio incerta*), ed in fine piena ed intera latitudine (*infinita condemnatio*). La *condemnatio* nel primo caso è detta *certae*, ed in tutti gli altri *incertae pecuniae*; ed in questi *cum taxatione*, o *sine taxatione* (5).

Il principio che la condanna è sempre pecuniaria, vantaggioso in ciò che riduce tutto l'affare alla sua ultima e più semplice espressione, cioè all'assoluzione del convenuto, o alla necessità che per lui è la più propizia per l'esecuzione forzata, quella di pagare una somma di danaro liquida, questo principio non lascia d'avere un grave inconveniente: ed è che l'attore in luogo della cosa medesima che domanda dee ottener per la sentenza non altro che una somma di danaro. Questo inconveniente si fa avvertir soprattutto nei reclami di proprietà, e di diritti reali. Siccome l'*intentio* della formola era: » Se è

(1) *Gai. Com. 5*, § *123*, — *Paul. Sent. 5, 9*, De stip. 1.

(2) Ved. segnatamente ciò che riguarda la *plus petitio. Gai. 4*, §§ *52, e seg.*

(3) V. qui appresso §§ *36, 37, 38, 40, e tit. 7*, § *4*. — *D. 15, 1*. De pecul. *2, f. Pomp. 5, pr. e* § *1, 30*, § *1, 36, e 44, f. Ulp.* — *5, 1*, De judic. *37, f. Ulp.* — *42, 8*. Quae in fraud. cred. *6*, § *12, f. Ulp. etc.* — *4, 3*, De dolo. *17*, § *1, f. Ulp.* — *5 5*, De hered. petit. *20*, § *6, f. Ulp.*

(4) *Gai. Com. 4*, §§ *47, 131, 136.*

(5) Ved. intorno a ciò *Gai. 4*, §§ *48, e seg.*

provato che il tale schiavo, o che il tal campo, o il tal edifizio appartenga ad Aulo Agerio secondo il diritto quiritario, » s'intende benissimo quanto s'allontana dallo scopo questa conclusione. « Giudice, condanna Numerio Negidio verso Aulo Agerio a tutta quella somma di danaro che l'affare richiederà: « *Quanti ea res erit tantam pecuniam judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna* »! E però in questi casi d'azioni reali, ed anche in alcuni altri in materia di obbligazioni, la formola della *condemnatio* ricevava una modificazione importante per la semplice aggiunzione di queste parole: *Nisi restituat* (1); o, per es. se si tratta di un campo come, nella formola che Cicerone ci ha trasmessa: *neque is fundus Aulo Agerio restituatur* (2); e forse anche in alcuni casi di obbligazioni, in cui non si tratta di restituire: « *neque eo nomine Aulo Agerio a Numerio Negidio satisfactum erit* ». Per l'aggiunzione di queste sole parole il potere di condannare conferito al giudice è spezialmente subordinato a questa circostanza, che il convenuto non abbia restituito, o non abbia soddisfatto all'attore. Ond'è venuta al giudice questa missione particolare di decidere prima di condannare o di assolvere, se il convenuto è obbligato, o no di restituire, o di soddisfare, e di ordinare in caso di affermativa questa restituzione, questa soddisfazione, sia immediata, sia in un termine prescritto da lui. Quest'ordine precedente del medesimo giudice appellasi *jussus*, e questo potere *arbitrium* (3). Se il convenuto vi si sottomette, e l'eseguisce di buon grado, o costretto *manu militari*, l'attore ottiene così direttamente la cosa medesima ch'egli ha domandata, ed il convenuto è assoluto. Se per contrario la restituzione non ha luogo, allora si pronunzia contro il convenuto la condanna pecuniaria, e spesso anche con più rigore, essendochè essa è in parte a titolo di pena di non aver restituito. In sostanza si vede che qui vi ha un modo ingegnoso di rimediare all'inconveniente delle condanne pecuniarie, giacchè non si ricorre ad esse se non quando la restituzione, e la soddisfazione in natura non ha potuto aver luogo. Parimenti si vede che l'aggiunzione di queste parole *nisi restituat* conferisce al giudice un nuovo potere tutto particolare, quello di dare il suo *jussus*. Non pertanto i giureconsulti romani non l'han guardato come parte speciale della formola; questa segue l'*intentio*, o anche più sovente è compresa nella *condemnatio* ch'essa modifica, e con la quale fa un sol tutto.

Non vi può esser mai condanna se non contro il convenuto, contro lui solamente è formolata, e può esser pronunziata la condanna (4). Il giudice, se non condanna, dee assolvere. Salvo alcuni casi eccezionali, come quelli delle azioni pregiudiziali, la sua missione non si compie altramente che per l'uno o per l'atro di questi atti.

Parti accessorie (*adjectiones*): Prescrizioni (*praescriptiones*, *praeiudicia*), Eccezioni, repliche, dupliche, Tripliche, etc. (*exceptio*, *replicatio*, *duplicatio*, *triplicatio*, etc.).

Le quattro parti per noi esposte sono le parti principali delle formole; ma la pratica progressiva pel sistema, la varietà degli affari, e soprattutto gli sforzi continui della giurisdizione pretoria per palliare i rigori del diritto civile han fatto nascer la necessità di certe clausole accessorie, che in taluni casi è utile aggiugnere, e che per questo si addomandano *adiectiones* (5).

Somiglianti aggiunzioni possono presentarsi sia in principio della formola, sia nella *demonstratio*, sia nell'*intentio*, sia in fine nella *condemnatio*.

Talvolta è dell'interesse dell'attore di far inserire nella formola anche prima della esposizione della sua *intentio* talune restrizioni, acciocchè non si attribuisca alla sua domanda più estensione ch'egli non vuole, o talune spiegazioni che serviranno a determinarla. Il convenuto dal suo lato può far inserire contro la medesima azione dell'attore certe precedenti riserve.

Per esempio se l'attore per virtù d'una stipulazione nella quale gli è stata promessa una certa somma per ciascuna annata, o per ciascun mese, volendosi far

---

(1) *Gai Com. 4*, § *47*, è qui sopra p.297

(2) Cic. *In Verr. II. 12.*

(3) Ved. qui appresso § *51*, — *Gai. Com. 4*, § *165*, — *D. 6, 1.* De rei vind. *68, f. Ulp.*

(4) In alcune azioni speciali come le azioni divisorie vi può esser condanna contro l'una o l'altra delle parti, perchè ciascuna di esse è nel tempo medesimo attore, e convenuto *D. 44, 7.* De obl. et act. *37*, § *1, f. Ulp. — 10, 1.* Fin reg. *10. fr. Julian).*

(5) *Gai. Com. 4*, § *129*: « *Quarum omnium adjectionum usum interdum etiam ulterius quam diximus, varietas negotiorum introduxit* ». Ivi § *130*: « *Qua receptae sunt* ».

pagare le rate scadute agisse per quella formola generale e senza limite (*formula incerta*) la cui *intentio* è conceputa in questi termini: « *Quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare, facere oportere* » che cosa avverrebbe? secondo i principii del diritto civile, siccome l' obbligazione prodotta da una tale stipulazione, benchè abbia per oggetto prestazioni successive, pure forma un dritto unico, l'attore troverebbesi così aver dedotto in giudizio il suo dritto tutto intero, tuttavia la *condemnatio* non gli concederebbe che le sole rate scadute, e per tutto il rimanente egli si troverebbe decaduto, avendo agito prima del tempo. Egli adunque ha interesse di far esprimere ch'egli restringe la sua domanda solamente a ciò che trovasi esigibile. Parimenti se volendo agire in forza d' una compra (*ex empto*) soltanto per farsi la mancipazione del fondo comprato, adoperasse senza restrizione questa formola generale (incerta): « *Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare, facere oportet* » egli esaurirebbe tutta la sua azione di compra, e non gli sarebbe più possibile d' intentare più tardi la medesima azione per un altro oggetto, come sarebbe per farsi fare la tradizione (*de vacua possessione tradenda*). Egli dunque ha interesse di spiegare nella formola, che intende restringere la sua domanda soltanto alla mancipazione del fondo comprato. Queste restrizioni si esprimono per una piccola clausola scritta in principio della formola, la quale per lo più solevasi fare in questi termini. « *Ea res agatur, cujus rei dies fuit* » (quest' azione abbia luogo per tutto quello il cui termine è scaduto); « *Ea res agatur de fundo mancipando* » (quest' azione abbia luogo per la mancipazione del fondo). Talvolta la clausola restrittiva si aggiungeva nella dimostrazione mescolata con questa, e in certo modo in suo luogo (loco demonstrationis) con le parole preliminari *ea res agatur*, o anche senza di esse; per esempio: *Judex esto. Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est, cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet* etc.; ovvero: « *Iudex esto. Ea res agatur quod Aulus Agerius de Lucio Titio incertum stipulatus est quo nomine Numerius Negidius sponsor est; cuius rei dies fuit* etc. Queste siffatte *adjectiones* si addimandano prescrizioni (*praescriptiones* appunto a cagione del posto che tengono nella formola: « *Praescriptiones autem appellatas esse ab eo quod ante formulas praescribantur, plus quam manifestum est* » (1). Quelle che noi ora abbiam vedute sono state ammesse nell' interesse dell' attore (*receptae sunt pro actore, ab actore proficiscuntur*); ed i due casi che noi seguendo Gaio abbiam citati non devono altrimenti riguardarsi che come due esempii proprii a darci un' idea della loro utilità, e del loro uso, ma sembra d'altronde che abbiano avuto una più estesa applicazione.

L'uso che introdusse queste prescrizioni nell'interesse dell attore, ne introdusse eziandio un certo numero nell' interesse ed a richiesta del convenuto (*quaedam ei pro reo opponebantur*). Noi ne citeremo tre specie particolari, che meritano d' esser notate.

Può accadere che due contestazioni i quali han relazione a taluni fatti comuni siano siffattamente legate tra loro, che la soluzione dell'una debba o direttamente, o indirettamente influir sull'altra. In una parola, che una delle decisioni debba stabilir per l'altra un giudizio qualunque. (*aliquod praejudicium*). In somigliante caso se una di tali quistioni è principale, e l'altra n'è semplicemente un accessorio, una conseguenza, ragion vuole che quest'ultima non sia esaminata la prima, e non venga a formar una decisione anticipata per l'altra. Se il carattere di dipendenza di una dall'altra non è così spiccato, la scelta può da altre considerazioni esser determinata: per esempio quella che offre il maggior interesse, quella che rientra nelle attribuzioni della giurisdizione, o dell' autorità giudiziaria di più alto grado deve esser giudicata la prima. Finalmente in caso di uguaglianza, e di identità fra di esse, miglior consiglio è di giudicarle insieme (2). Dunque se una di queste cause subordinata inferiore, o tutto al più eguale ad un altra alla quale può esser di pregiudizio, sia stata introdotta dall'attore, il convenuto ha interesse a farla rimuovere per questa sola ragione, ed egli ciò ottiene facendo opporre in principio della formola una *praescriptio* conceputa in questi temini: « *Ea res agatur si in ea re praejudicium . . non fiat* » (quest' azione non abbia luogo se non reca pregiudizio alla tal' altra causa). Per

(1) Vedi su tutto ciò Gai. Com. *4*, § *130, a 138*,— I §§ *134 e 135*, son relativi ad un altro esempio di queste prescrizioni, la *praescriptio de pacto*.

(2) Noi abbiamo un esempio di quest'ultimo caso *D. 37, 10*, De Carbon. ed. *3*, § *8*, *f. Ulp.*

esempio se reclamando l'attore in qualità di erede un oggetto particolare della successione, ovvero agendo per la divisione dell'eredità (*familiae erciscundae*), il convenuto gli neghi la qualità di erede, in tal caso ei ha una quistione principale: è egli erede o no? Le altre due quistioni: può egli reclamar la cosa ereditaria? può egli esercitar l'azione di divisione? sono delle quistioni accessorie, de'corollarii. In conseguenza se egli intenta queste da prima, il convenuto farà metter nella formola questa prescrizione: « *Ea res agatur si in ea re praejudicium hereditati non fiat* » (1). Questa prescrizione relativa alla quistione di eredità indicata da' giureconsulti sotto il nome di *praescriptio quod hereditati praejudicium non fiat* (2), è una di quelle che ricevevano il maggior numero di applicazioni, e che s'incontravano più sovente nella pratica (3). Noi troviamo diversi altri esempii di cosiffatte prescrizioni; quelle per le quistioni di stato (4). quelle *quod praejudicium praedio non fiat e quod praejudicium fundo, partive eius non fiat* (5), e queste si doveano moltiplicare all'infinito. Siffatte prescrizioni portavano anche il nome generico di *praejudicia*: e si vuol ben por mente a non confonderle sotto questa denominazione coi *praejudicia*, o azioni pregiudiziali, delquali abbiamo già ragionato poco innanzi, perciocchè queste sono diverse significazioni della medesima parola, comechè vi sia tra di esse qualche analogia e soventi volte anche un'intima relazione (6).

Le prescrizioni da parte del convenuto potevano avere un fondamento diverso da quello che precede. Se p. e. il convenuto pretende che il *forum* dove, in altri termini e senza figura, che il magistrato innanzi al quale è menato non sia competente, o per cagioni della situazione delle cose litigiose, o per cagione del domicilio, è mestieri anche in questo caso porre in principio della formola una prescrizione, la quale vien indicata ne'testi col nome di *prescriptio fori* (7), acciocchè il giudice prima di tutto esamini, e verifichi i fatti che darebbero luogo all'incompetenza.

Da ultimo è da notare particolarmente la specie di prescrizione che segue. Per vigor delle disposizioni o degli editti pretorî, o delle costituzioni imperiali talune azioni non poteano essere intentate che in un termine stabilito: tali erano la più parte delle azioni pretorie, le quali si potevano esercitare nel termine di un solo anno; tale era ancora p. e. il reclamo di ingenuità per un libertino, il quale reclamo dopo cinque anni dalla manomissione non potea più esser ricevuto (8). Se intentandosi una di cosiffatte azioni, il convenuto pretendeva che il termine fosse spirato, era dell'interesse, in caso di contestazione sopra questo fatto, di far porre in principio della formola una prescrizione che chiamavasi *prescriptio temporis*, *annalis praescriptio*; p. e. *Ea res agatur si...* etc. *abbia luogo quest'azione se dopo il tal fatto non è trascorso tanto di tempo*). Similmente se il possessore d'un fondo provinciale dopo dieci anni, o secondo i casi, dopo venti anni di possesso di buona fede era convenuto dal proprietario, per la restituzione, noi sappiamo ch'egli potea in forza degli editti far mettere contro quest'azione in principio della formola una prescrizione detta *prescriptio longi temporis* p. e. « *Ea res agatur* si etc. (*abbia luogo quest'azione se non vi è stato possesso di lungo tempo* (9). Queste ultime specie di prescrizione hanno ciò di notevole, che, anche dopo che il sistema for-

(1) *Gai. Com. 4*, § *155*.

(2) *D. 5, 3*, De hered. pet. *25*, § *17*, *f. Ulp.* — *44, 1*, De except. *13*, *f. Julian.*

(3) *D. 4, 8*, De recept. *32*, § *10*, *f. Paul*, — *5, 3*, De hered. pet. *5*, § *2*, *f. Ulp.*: « *Eorum judiciorum quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil, in praejudicium ejus fieri debeat*; » *7, pr.* e § *1*, *f. Ulp.* « *Ne praejudicium de testamento cogniturò faciat* »; *25*, § *17*, *fr. Ulp.* — *10, 2*, Fam. erc. *1*, § *1 f. Gai. etc.*

(4) *D. 37, 10*, de Carb. ed. *3*, § *8*, *f. Ulp.* « *Ne aliquod praejudicium fiat impuberi per puberis personam* » *40, 14. Si ingenuus esse dicet 6*, *f. Ulp. C. 3, 8.* De ord. jud. *2*, *const. Anton.* — V. anche la prescrizione. *Si praejudicium non fiat ei qui ante quinquennium decessit. D. 40, 15. Ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur.*

(5) *D. 44. 1*, De except *16*, e *18*, *f. Afric.* — Trovasi in Cicerone l'indicazione d'una somigliante prescrizione. *De invent.* II. 20.

(6) Spesse volte appunto perchè è stata opposta la prescrizione *quod praejudicium non fiat* si dee ricorrere ad un'azione pregiudiziale per far giudicare e riconoscere il fatto dominante. Ved. un esempio *D. 40, 14, 6, f. Ulp.*

(7) *D. 2, 8*, Qui satid. cog. *7, pr. f. Ulp.* — *5, 1*, De jud. *50, 52*, §§ *22* e *3*, *f. Ulp.* ove noi troviamo degli esempii di questa prescrizione. C. Theod. *11, 30*, De appellat. *65*, *const. Honor. et Theod.* « *Praescriptiones fori in principio a litigatoribus opponendas esse legum decrevit auctoritas* ». — Riprodotto nel C. di Giust. *8, 36*, De except. 13.

(8) *D. 40, 14. Si ingenuus esse dicetur 2*, § *1*, *Saturn. e 5*, *f. Papin.*

(9) *V. vol. 1. p. 286, e seg.*

molario cadde interamente in dimenticanza, e dopo che il loro carattere fu sensibilmente modificato, conservarono la loro antica denominazione di *praescriptiones*, e l'han trasmessa in fino a noi, senza che noi comunemente ci rendiamo ragione della sua origine storica.

In somma si vede che le prescrizioni sono inserite a profitto o dell'attore, o del convenuto (*ab actore, vel a reo proficiscuntur*), che esse sono state ricevute dall'uso (*receptae sunt*), e che sono aggiunte o in principio della formola, o nella *demonstratio*, ma sempre prima dell'*intentio*; e da ciò è venuto ad esse il nome di *praescriptio*. Intanto noi passiamo a ragionare di altre *adjectiones*, le quali ordinariamente son messe nell'*intentio*, e talune volte nella *condemnatio*.

Poteva accadere che l'azione chiesta dell'*actor* al magistrato fosse leggittimamente fondata in diritto civile, che essendo l'*intentio* giustificata innanzi al giudice, dovesse secondo il rigore del diritto pronunziarsi la *condemnatio* contro il convenuto, e che non pertanto per alcune particolari circostanze prese in considerazione dal pretore o dalla giurisprudenza una tal condanna fosse considerata come ingiusta, o almeno come tale da non dovere aver luogo. *Saepe enim accidit, ut quis jure civili tenetur, sed iniquum sit eum judicio condemnari* « (1). Il pretore in simiglianti casi non si pone in aperta contraddizione col diritto civile, soprattutto se le circostanze particolari invocate in favore del convenuto sien contestate, ed abbiano bisogno di verificazione. Il pretore adunque dà all'attore l'azione che richiede, ma dopo l'*intentio* egli aggiunge una clausola accessoria, che subordina la condanna al caso in cui la tal circostanza eccezionale non abbia luogo. Per es. se l'attore agisca in forza di una stipulazione nella quale gli si è fatto promessa di dieci mila sesterz, ed il convenuto pretenda che per un patto posteriore gli si è fatta remissione di questa somma, ovvero che la promessa gli è stata carpita con frode: siccome il patto, secondo il diritto civile, non è un modo di sciogliere le obbligazioni nate da stipulazioni, e la frode, secondo il medesimo diritto, non è cagione di nullità di somiglianti obbligazioni, l'azione esiste, ed il pretore dovrà darla. L'*intentio* adunque sarà proposta in questo modo: « *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio X millia dare opertere* « ma immediatamente dopo si aggiugerà come nuova condizione *Si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit ne ea pecunia peteretur* « ovvero pel caso di frode « *Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat* ». Di tal maniera che il giudice non dovrà condannare, se non quando 1° l'allegazione formolata dall'attore nell'*intentio* sia giustificata; e 2° l'allegazione formolata dal convenuto nella clausola accessoria non sia provata. Così la condanna che già era condizionale, diviene doppiamente condizionale: l'*intentio* è una condizione affermativa, si *paret:* e la clausola accessoria, una condizione negativa, *si non. si nihil*. Questa clausola chiamasi eccezione perchè essa esclude per un dato caso ciò che è posto nell'*intentio* (2).

L'attore potrebbe alla sua volta invocar qualche considerazione analoga per far escludere l'eccezione, del convenuto. Questo è ciò che dicesi replica (*replicatio*), la quale non è altra che un'eccezione contro l'eccezione: « *Replicationes nihil aliud sunt quam exceptiones...ut exceptiones excludant* » (3), e si formola nel medesimo modo: *si non* etc. (4). Seguendo la medesima idea s'incontra la duplica (*duplicatio*), la triplica (*triplicatio*), e così di seguito.

Gli esempi che qui abbiamo arrecati ci han presentato l'eccezione inserita in fine dell'*intentio*: talvolta, comechè più di rado si metteva nella stessa *condemnatio*. Così p. e. la tassa indeterminata della condanna *in id quod facere potest*, della quale qui sopra abbiamo fatto parola, p. 304 e che si formola in questi termini: *Aulo Agerio Numerium Negidium dumtaxat in id quod facere potest condemna* » viene nei testi qualificata come eccezione, ed indicata col nome di *exceptio quod facere potest* (5). Probabilmente per allusione a questo doppio posto, perchè l'eccezione si può aggiungere o all'*intentio*, o talvolta alla *condemnatio*, per escludere o limitare ciò che è stato proposto nell'una o nell'altra di queste parti, Ulpiano l'ha definita nel seguente modo: *Exceptio dicta est qua-*

(1) *Gai. Com.* 4, § 116.
(2) *Gai. Com.* 4, §§ 118. *e seg.*
(3) *D.* 44, 1, De except. 2, § 1, *f. Ulp.*
(4) *V. Gai. Com.* 4, §§ 126, *e seg.*
(5) *D.* 44, 1, De except. 7, *pr. f. Paul.* 24, 3, Sol. matr. 17, § 1, *f. Paul.* 42, *l.* De re jud. 41, *pr. f. Paul.*

si quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet, ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est » (1).

Non vi è il menomo dubbio che quella clausola particolare *nisi restituat*, la quale era inserita in talune azioni, e della quale abbiamo di già ragionato sop. p. 340 non fosse una specie di aggiunzione (*adjectio*) che modificava sensibilmente la missione del giudice. Si può notare ch'essa era formolata ne'medesimi termini, di una eccezione, *nisi neque*, il che equivale perfettamente a *si non*; ed essa si allogava come l'eccezione o in fine dell'*intentio*; « *Si paret fundum capenatem de quo agitur ex jure Quiritium Auli Agerii esse, neque is fundus Aulo Agerio restituatur* (2).... etc.; o nella *condemnatio*: *Judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, nisi restituat; si non paret absolvito* » (3). Non pertanto noi non troviamo ne'testi che sia stata qualificata come *exceptio*, nè che sia stata ritenuta come un'*adjectio* particolare.

Gli effetti delle diverse aggiunzioni messe nella formola non son gli stessi. Le prescrizioni da parte dell'attore non hanno altro effetto, che di limitare, o di ben determinare la sua domanda, e di far conoscere in qual cerchio essa è ristretta. Le prescrizioni da parte del convenuto mi sembrano una condizione negativa messa all'esercizio medesimo dell'azione: « *Ea res agatur si non etc.* » *abbia luogo quest'azione se*.... etc. (4). In conseguenza il giudice dee incominciare dal verificarle, e se egli le decide affermativamente, non dee andare più innanzi: egli non ha nè da assolvere nè da condannare; l'azione è come non avvenuta, perciocchè essa fu data sotto una condizione negativa, la quale non si è verificata(5). In quanto alle eccezioni, queste sono delle condizioni negative messe non già all'esercizio dell'azione, ma sibbene alla condanna: « *Si paret*... prima condizione affermativa nell'*intentio*; *Si non, o si nihil*..., seconda condizione negativa nell'*exceptio condemna*. In conseguenza il giudice dee incominciare dal verificare l'*intentio*; se la trova fondata, egli passa all'*exceptio*, e se risolve questa affermativamente, deve assolvere, perchè questo è l'ordine che gli dà la formola: *si non paret absolve*. L'eccezione *quod facere potest* non rendeva condizionale la *condemnatio*, essa altro effetto non avea che di restringere l'ammontare; cosicchè era una spezie di *taxatio incerta*.

L'uso delle prescrizioni da parte dell'attore pare essersi mantenuto durante il regno del sistema formolario; ma anche prima che questo sistema fosse abbandonato, le prescrizioni per parte del convenuto patirono una notabile trasformazione, giacchè esse si trasformarono in eccezioni, vale a dire che in luogo di quell'aggiunzione preliminare in principio della formola *ea res agatur, si .. non*... etc., il convenuto ottenne pel medesimo fatto quest'altra aggiunzione in fine dell'*intentio*: *si non* etc. Questo fu per così dire un cambiamento di posto, senz'altra influenza quanto agli effetti. Siffatto cambiamento erasi già operato al tempo di Gaio: *Quae nunc in speciem exceptionis de-*

(1) *D. 44 l.* De except. 2 *pr. f. Ulp.*
(2) Cic. *In Verr. ll. 12.*
(3) *Gai. Com. 4,* § 47
(4) *Ivi* § 155.
(5) Io mi accosto all'avviso di quei che pensano che le prescrizioni del convenuto doveano in generale esser verificate prima dell'*intentio*, e che in caso di decisione affermativa, esse non traevano assoluzione e per conseguente non esaurivano interamente la lite. Io mi fondo principalmente sulle stesse parole della loro compilazione: Ea res agatur si... etc. Inoltre trovo ne' testi degli esempi che mi pajono evidenti: Ne' *praejudicia D.37, 10.* De Carb. Ed. 3, § 8, *f. Ulp.* — *44 l.* De Except. 16 e segnatamente 18 *f. Afric.* — Relativamente alla *praescriptio fori* tutti ne convengono: in che modo potrebbe il giudice assolvere o condannare, quando è riconosciuto che la giurisdizione dalla quale la formola emana, è incompetente? Quanto alle prescrizioni *temporis*, se esse formano un ostacolo radicale all'azione, la ragione è che questo ostacolo è tale per sua natura da non poter esser tolto più tardi, e per conseguenza la *praescriptio* potrebbe sempre esser riprodotta: lo stesso è a dire del *praejudicium ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur* (D. 40, 15). Io non credo che da principio, e quando esse erano ancora vere *praescriptiones* abbian potuto produrre un'assoluzione. Non si dee dir di queste quel che ne fu detto più tardi al tempo che furono trasformate in eccezioni (*C. 7, 33.* De praescript. long. temp. 9. *Const. Diocl. et Maxim.*). Lo Zimmern cita nel medesimo senso i seguenti passi di Quintiliano *Instit. orat. VII, 5.* « *Cum ex praescriptione lis pendet de ipsa re quaeri non necesse est* »; Di Aurelio Victor dove parla della *praescriptio Ars. rhet. IV. I.* « *Potius enim est, si litis conditio patiatur adversarium ab actione depellere, quam cum intentionibus ejus conluctari* »; finalmente nel Codice (*8, 14.* De pignor. *const. Anton. Carac.*): « . . . *Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta si... non causa cognita sed praescriptione superatum esse constiterit* ». — Nondimeno l'opinione contraria può anche sostenersi per diverse ragioni. Vedi su quest'argomento il Bonjean *Vol. 284, e 286.*

ducta est (1). Sicchè nel linguaggio de'giureconsulti che figurano nel Digesto di Giustiniano, le parole *praescriptio*, *exceptio* sono frequentemente adoperate l'una per l'altra, sia che le prescrizioni vi sieno nominate *exceptiones*, sia che le eccezioni, quantunque più di rado, vi sien qualificate come *praescriptiones*. Per conseguente i *prejudicia* che erano delle specie di *praescriptiones* sono divenuti delle specie di *exceptiones*. Da ciò è venuta l'epigrafe d'uno de'titoli del Digesto (lib. 44. tit. 1.): *De exceptionibus, praescriptionibus, et praejudiciis.*

Del modo di comporre la formola.

La formola, di cui abbiamo esaminato tutti gli elementi, non avea, come le azioni della legge, un rigore sacramentale nelle parole che vi si adoperavano. Purchè si eseguisse il quadro generale, come noi lo abbiamo esposto, del restante i termini si piegavano e si adattavano alla varietà degli affari, e delle circostanze.

Benchè spettasse al pretore di diriger la parola, ed egli in sostanza ne facesse la compilazione, e la rilasciasse a'litiganti, pur nondimeno questa composizione della formola avea luogo effettualmente sulle indicazioni, e sulle proposizioni di ciascuna delle parti. L'attore sceglieva la specie di azione, che pretendeva esercitare, e la faceva conoscere spesse volte col semplice indicarla sull'*album*, quando vi era specialmente indicata o formolata(2). Di poi per compilare la formola di questa tale azione egli medesimo presentava le sue *praescriptiones* se ne volea far porre qualcuna (3); la *demonstratio*, secondo i fatti che invocava (4); l'*intentio* secondo la pretensione che metteva innanzi (5), ed anche la *condemnatio*, e se vi era luogo, la *taxatio* che egli richiedeva il magistrato che vi mettesse (6). Similmente il convenuto presentava le sue prescrizioni ed eccezioni, alle quali l'attore poteva rispondere per vie di repliche (7), e così via via. Essi probabilmente presentavano queste diverse parti tutte formolate (8), e per siffatta formolazione i giureconsulti erano loro di grandissimo aiuto, salvo il diritto che avea il pretore di fare su questo punto ai litiganti le osservazioni convenienti, e di inserire di ufficio talune prescrizioni, o eccezioni, ed anche di ricusare secondo i casi o l'azione, o l'eccezioni dimandate (*actionem denegare*) (9). L'attore poteva fino ad un certo punto della procedura modificare tale o tal'altra parte proposta per la formola, o anche cambiare azione; lo stesso era pel convenuto in quanto alle sue eccezioni (10). In definitivo dopo questi dibattimenti *in jure, pro tribunali* il magistrato compilava la formola (11), i litiganti doveano rispettivamente correre il rischio delle parti che vi erano state inserite a loro richiesta (12).

Delle diverse specie di azioni.

Nella procedura formolaria e nel senso tecnico dato alla parola azione sotto questo sistema si può dire che vi ha tante azioni quanti diritti vi sono a sperimentare. Queste azioni considerate sotto diversi riguardi per rispetto, sia alle origini storiche, sia alla compilazione della formola, sia alla natura od estensione de'poteri del giudice, sia, in fine per altre considerazioni si dividono in varie specie. E, come avviene in ogni classificazione, quanti sono i diversi punti sotto di cui son ris-

(1) *Gai. Com. 4, § 133.*

(2) *D. 2, 13.* De ed. *l.pr. e § 1* : « *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet... § 1 Edere est (etiam) copiam describendi facere vel in libello complecti et dare vel dictare. Fum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum id album et demonstret quod dicturus est, vel id licendo, quo uti velit.*

(3) *Gai. Com. 4, § 131.*

(4) *Ivi § 59.*

(5) *Ivi § 41.*

(6) *Gai. Com. 4 § 57 e Com. 2 § 224* — Ved. anche *Com. 4 § 33 e 36.*

(7) *Gai. Com. §§ 133, 119, 126, e seg.*

(8) Parlando probabilmente nella prima persona come nell'esempio che ci dà *Gaio Com. 4, § 59*; il pretore di poi volgeva la formola in suo proprio nome.

(9) *D. 45, 1.* De verb. obl. *26 f. Ulp. e 27 f. Pom.*

(10) *C. 2, 1.* De ed. *5. const. Sever. et Anton.* « *Edita actio speciem futurae litis demonstrat: quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel jus reddentis decernit aequitas* ».

(11) Asconio *In Verr. c. 3.* « *Et tandem inquisita, audita, cognitaque utrinque causa in verba litis ejus componebat quod judici praescribebat, ut secundum illud praesens controversia definitionem reciperet.*

(12) Vedi a questo proposito ciò che riguarda la *plus-petitio, Gai. Com. 4, §§ 53 e seg.*—Il convenuto che avea ricevuto una formola ingiusta p. e. nella quale era stata posta una *condemnatio* esagerata, poteva esser restituito in intero dal pretore, cioè rimesso nello stato come se quell'azione non fosse stata rilasciata. Non si era però così facile riguardo all'attore. Ivi § 57.

guardate, altrettante differenti divisioni ne sorgono. Facciamoci qui ad indicare in poche parole quelle che offrono maggior importanza.

Azioni *in rem*, o *in personam*. Pretesa classe di azioni personali *in rem scriptae*. Pretese azioni *mixtae tam in rem quam in personam*. *Condictiones*.

La divisione fondamentale de' diritti in reali e personali, divisione la quale dipende dalla natura medesima delle cose e che è di tutti i tempi, e di tutti i luoghi non poteva mancare di avere un'influenza maggiore sulle azioni tendenti a far valere cosiffatti diritti E per verità essa ne ha avuta sotto il sistema delle azioni della legge (1), ne ha avuta nella procedura formolaria, ne ha avuta nelle *cognitiones* o procedure straordinarie senza formola. Dovunque, sotto una denominazione, o un' altra si son distinte le azioni tendenti alla reclamazione d' un diritto reale da quelle che tendono all' esecuzione di una obbligazione. Si dee adunque riconoscere che questa distinzione dipende innanzi tutto dalla natura del diritto reclamato, e non dal modo di procedere per formole. Gaio sotto il sistema formolario la propone come quella che costituisce la divisione principale delle azioni. « *Quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam* » (2). E Giustiniano più tardi quando questo sistema non è più, la presenta anche in primo luogo con questo carattere fondamentale (*summa divisio*) (3). Non pertanto essa riceve dalla composizione della formola una precisione speciale che importa di esaminare.

Se si vuol dare la nozione dell' azione reale, e dell' azione personale senza riferirsi particolarmente al tale o al tal altro sistema di procedura, ma in generale, e per tutti, bisogna ricercarla nella medesima nozione del diritto. Il dire generaleggiando oltre modo una frase di Ulpiano, che l' azione reale e quella che si dà contro ogni possessore (4), e che segue la cosa in qualunque mano passi, è una definizione erronea, secondo che giustamente ha fatto notare il *Ducaurroy*, e dopo lui il *Bonjean*. Primamente questo non è farne conoscere la natura intima e primitiva, ma volerla definire da un fatto secondario, e derivato. In secondo luogo questo medesimo fatto non è sempre vero; così voi avete delle azioni personali, come l'azione ad *exhibendum*, che si danno contro ogni possessore (5); e le azioni *noxales*, che seguono lo schiavo nelle mani di qualunque proprietario, in potere del quale egli passa (6). In senso inverso, l' azione di rivendicazione si dà qualche volta contro colui che non possiede più (7), e vi ha certe azioni reali, le quali per esser date contro il possessore richiedono altre condizioni che quella del possesso (8). Adunque per procedere logicamente non è da fermarsi a questo fatto secondario, ma alla nozione medesima dei diritti reali e dei diritti personali. Il diritto reale in sostanza è quello del quale risulta per una persona la facoltà di disporre o di trarre più o men largamente profitto da una cosa corporale, o incorporale, fatta astrazione da ogni altra persona, ciascuno essendo tenuto unicamente di astenersi dal mettervi ostacolo; in quanto al diritto personale non è altro che il diritto di obbligazione, il quale stabilisce un legame particolare tra due persone; vale a dire in somma, per parlar senza figura, quello col quale risulta per una persona la facoltà di costringere un'altra a dare, a fare, o a procurare qualche cosa. Noi sappiamo che nel diritto reale, oltre la massa generale degli uomini, non vi ha che una sola persona subbietto attivo, ed una cosa obbietto del diritto; mentre che nel diritto personale vi ha due persone, una subbietto attivo, l' altra subbietto individualmente passivo, ed una cosa obbietto del diritto (*Espos. Gen. del dr. p* 44 e seg.). Dal che seguita che l'azione reale in generale è quella per la quale l'attore sostiene che, fatta astrazione da ogni altra persona, egli ha la facoltà di disporre di una cosa corporale o incorporale, o di ritrarne profitto più o meno largamente. E quest'azione si applica a tutte le varietà de' dritti reali: alla proprietà che è il più esteso di tutti,

(1) Così l'azione della legge per sacramentum era differente secondo che si trattava della domanda di un diritto reale, o di un diritto di obbligazione. E le azioni *per judicis postulationem*, e *per condictionem* non aveano luogo che per le sole obbligazioni.

(2) *Gai Com. 4*, § *1*.

(3) Qui appresso § 1.

(4) *D. 44, 7*. De obl. et act. *25 pr. f. Ulp.*: « *In rem actio est per quam rem nostram, quae ab alio possidetur petimus et semper adversus eum est qui rem possidet.*

(5) *D. 10, 4*. Ad exhib. *3* § *15 f. Ulp.*

(6) Qui appresso *t. 8*. De noxal. act. § 5.

(7) *D. 6, 1*. De rei vind. *27 pr. e* § *3 f. Paul.*

(8) Di tal fatta è l'azione Pauliana.

ai suoi diversi smembramenti, o diritti di servitù, d'enfiteusi, di superficie; ai diriti di pegno, e d'ipoteca, come anche a quelli di libertà, d'ingenuità, di paternità, ed altri di tal natura relativi allo stato delle persone. Non si dee immaginare, come sovente si vuol fare, che l'esercizio del diritto reale in se medesimo consista nell'esercizio dell'azione, perciocchè si esercita un tal diritto disponendo, godendo della cosa corporale o incorporale che ne è l'oggetto, e ritraendone il profitto che ci appartiene. Se noi abbiam bisogno di ricorrere all'azione, questo avviene perchè il nostro dritto è sconosciuto, perchè alcuno vi mette ostacolo, ed è mestieri ricorrere alla giustizia per far togliere quest'ostacolo. In quanto all'azione personale, essa è quella per la quale l'attore sostiene che il convenuto sia obbligato verso di lui, e fa istanza per l'adempimento di tale obbligazione.

Se dalla nozione generale dell'azione personale noi passiamo a quella che è particolarmente propria alla procedura formolaria, converrà che ci riportiamo alla medesima compilazione della formola non già in tutte le sue parti, ma spezialmente nella sua *intentio*. In fatti Gaio facendo appunto allusione in un tempo medesimo ed alla natura del diritto reclamato, ed alla compilazione dell'*intentio* della formola, definisce l'azione personale, e la reale in questa forma: (Com. 4. § 2): « *In personam actio est qua agimus quotiens cum aliquo qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est; id est cum intendimus dare facere praestare oportere.* § 3. *In rem actio est cum aut corporalem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut utendi, aut utendifruendi, eundi etc.* Da prima vi è questo di particolare a notare: che siffatta definizione si applica esclusivamente alle formole composte in maniera da proporre una quistione di dritto (*in jus conceptae*). In fatti solo in queste formole l'attore sostiene di avere un diritto o di proprietà o altro diritto reale (*cum rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod*, o di obbligazione (*cum intendimus dare, facere praestare oportere*). Nelle formole in quel modo che primitivamente furono composte pei peregrini, ed applicate in taluni casi anche a' cittadini, cioè nelle formole *in factum conceptae* non v'è quistione nè di dritto reale, nè di obbligazione; in fatti il pretore propone un fatto in quistione, ed in caso d'affermativa ordina al giudice di condannare. E però a rigore esse son considerate nel sistema formolario come generalmente estranee alle divisioni del diritto civile, e non si riducono nè alle azioni in *rem*, nè alle azioni in *personam* quali Gaio le ha definite.

Noi abbiam già detto (*Esposiz. gen. del dr. r.* n.° 95 e seg.) come essendo gli elementi costitutivi di ogni diritto reale unicamente una persona subbietto attivo, ed una cosa obbietto del diritto, *l'intentio* della formola per proporre la quistione di un cosiffatto diritto non ha da far altro che indicare la persona la quale pretende averlo, e la cosa che ne è l'oggetto: « *Si paret hominem ex jure quiritium Auli Agerii esse* ». Ma come il dritto d'obbligazione contiene oltre a questo, necessariamente un terzo termine, cioè il debitore subbietto individualmente passivo del diritto, questo diritto non può altramente esser formolato nell'*intentio* che facendovi figurare ancora questa seconda persona come subbietto passivo: *Si paret numerium Aegidium Aulo agerio dare facere praestare oportere*. Ecco precisamente perchè i giureconsulti romani han detto della prima *intentio* che sia *in rem*, e dell'altra che sia *in personam*; ecco perchè prendendo dipoi per *l'intentio* l'intera formola, e per la formola l'azione medesima, si è appellata *actio in rem* quella il cui scopo è di reclamare un diritto reale, ed *actio in personam* quella che tende all'adempimento di un'obbligazione. Infatti la frase *in rem* dinota comunemente nella lingua del diritto romano una disposizione generale senza riguardo a persona: tal'è *l'intentio* che formola un diritto reale; e la frase *in personam* dinota una disposizione applicata spezialmente ad una persona determinata: tal'è *l'intentio* che formola un obbligazione. Noi troviamo queste dizione applicate all'editto del pretore (1), ai patti; alle stipulazioni (2), ed alle ecce-

(1) *D. 4, 2.* Quod met. caus. *9 § 1 f. Ulp.*: « *Praetor hoc edicto generaliter et* in rem *loquitur, nec adjicit a quo gestum* » — *13, 5.* De pec. const. *5 § 2 f. Ulp.*: « *Quod exigimus ut sit debitum quod constituitur* in rem *exactum est: non utique ut is cui constituitur creditor sit* — *42, 5.* De reb. auct. jud. *12 pr. f. Paul.*: « *Commodius dicitur cum praetor permiserit (in bona debitoris mitti) non tam personae solius petentis, quam creditoribus et* in rem *permissum videri* ».

(2) *D. 2, 14.* De pact. *21 § 1, f. Paul.*: » Et si in rem *paciscatur (servus) proderit domino et heredibus ejus pacti conventi exceptio; quod si* in personam *pactum conceptum est tunc domino*

zioni (1). Adunque quando si sono adoperate per le azioni non si è fatto che adoperare locuzioni usate e generali. La denominazione di *actio personalis* in cambio di *actio in personam* si trova anche in alcuni testi (2).

Tuttavia l'azione reale del pari che la personale si dirige contro una persona determinata; contro colui che mette ostacolo al nostro diritto noi ci rivolgiamo, e di lui cerchiamo la condanna. Se dunque l'*intentio* della formola che contiene l'enunciazione del diritto è redatta *in rem*, vale a dire in un modo generale, e senza indicazione di persona alcuna; la *condemnatio* però è sempre *in personam* contro il convenuto nostro avversario: « *Quanti ea res est tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna; si non paret, absolve* ». Ma l'*intentio* come la parte più vitale ed essenziale è quella che si dee riguardare per qual ficar tutta la formola e l'azione medesima.

Da ciò che precede segue che le azioni *in rem* e le azioni *in personam* traggono dalla natura medesima del diritto la loro divisione, e dalla composizione della formola la loro denominazione. Nondimeno nel fondo la natura medesima del diritto è quella che domina.

In fatti benchè nella rigorosa definizione del sistema formolario, le azioni *conceptae in factum* non sieno, come abbiam detto, alla pag. 292 nè *in rem* nè *in personam*, perchè le loro *intentio* non propone alcuna quistione nè di diritto reale, nè di obbligazione, non pertanto in fondo siccome esse son dedotte da somiglianti diritti, riconosciuti almeno dal pretore, i giureconsulti romani le qualificano *in rem* o *in personam* fatta astrazione dal modo come la formola è redatta, unicamente secondo la natura del diritto che tendono a far valere. Per tal modo le azioni relative ai diritti reali di pegno o d'ipoteca (*serviana*, *quasi serviana*, o *hypothecaria*), ai diritti reali di enfiteusi, o di superficie azioni introdotte non già dal diritto civile, ma dal pretore e concepute solamente *in factum* (3) son qualificate azioni *in rem* (4), mentre in senso inverso una moltitudine di azioni relative ad obbligazioni pretorie e concepute puramente *in factum* p. e. l'azione *de constituta pecunia* son qualificate azioni *in personam* (5).

L'azione *quod metus causa* che il pretore dà a colui che è stato leso per effetto di una violenza fatta alla sua volontà offre sotto questo riguardo qualche cosa anche di più notabile. Essa è un azione che non deriva dal diritto civile, la cui formola è conceputa semplicemente *in factum*, ma il fatto vi è espresso in una maniera generale senza indicazione della persona che ha usata la violenza, ed infatti ondechè sia venuta la violenza, basta che essa abbia avuto luogo perchè l'azione *quod metus causa* si dia contro chiunque ne ha profittato, anche di buona fede (6); ed in ciò differisce dall'azione *de dolo* la quale si dà soltanto contro l'autore del dolo, e contro i suoi eredi. In conseguenza mentre nella formola che propone in quistione il fatto del dolo l'attore è tenuto di far indicare il suo avversario come l'autore del dolo (7), nell'azione *quod metus causa* dee solamen-

---

doli superest exceptio — 28 § *2 f. Gai. Si vero* in rem *pacti sunt* (*filius aut servus*) *id est* ne ea pecunia peteretur... etc. — *57*, § *1 f. Florent.: Si ex altera parte, in rem ex altera* in personam *conceptum fuerit veluti* ne ego petam *vel* ne a te petatur; *heres meus ab omnibus vobis petitionem habebit, et ab herede tuo omnes petere poterimus — 7, 9. Usufruct. quem 3 f. Ulp. : Huic stipulationi* dolum malum abesse *abfuturumque esse continetur : et cum* in rem *sit doli mali mentio concepta omnium dolum comprehendere videtur successorum et adoptivi patris.*

(1) *D. 44, 4.* Doli mali except. 2 §§ 1 e 2 *f. Ulp.: Specialiter exprimendum est de cujus dolo quis queratur: non* in rem *si in ea re dolo malo factum est: sed sic. Si in ea re nihil dolo malo actoris factum est... etc. — 4* § *33 f. Ulp. : Metus causa exceptio* in rem *scripta est; si in ea re nihil metus causa factum est : ut non inspiciamus an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque.*

(2) *D. 10, 4.* Ad exhib. *5* § *3 f. Ulp. — Inst. 2, 20,* De legat. § *2 , C. 8 , 19.* De his qui in prior. *const. Anton.*

(3) *C. 8, 33.* Si pign. conv. *1, const. Sever. et Anton. : Intentio dati pignoris neque redditae pecuniae non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit.* Da questo frammento si può vedere che l'*intentio* dell' azione *in rem* per pegno proponeva per quistione non un diritto, ma il fatto che un pegno era stato dato, e che il debito per la cui garentia s'era dato il pegno, non era stato soddisfatto.

(4) Qui appresso § *7. D. 10, 4.* Ad exhib. *3,* § *3, f. Ulp. Qui* in rem *aeturus est qualicumque* in rem *actione , etiam pigneratitia, Serviana sive hypothecaria quae creditoribus competunt. — 10, 3.* Comm. divid. *7,* § *12, f. Ulp.: Pigneratitia* in rem *etc.*

(5) Qui appresso §§ 8 e seg.

(6) *D. 4, 2.* Quod met. caus. *14,* § *3, Ulp. : In hac actione non quaeritur utrum is qui convenitur an alius metum fecit ; sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim et ex hac re eum qui convenitur , etsi crimine caret , lucrum tamen sensisse.*

(7) *D. 4, 3.* De dolo *15,* § *3, f. In hac actione*

e far mettere in quistione, senza niuna indicazione di persona, il fatto di sapere se nell'affare vi è stata violenza contro la sua volontà o no: « *ad hoc tantum actor adstringitur ut doceat metum in causa fuisse* » (1). E però i giureconsulti romani dicono che quest'azione è *in rem scripta*, vale a dire conceputa generalmente, e non pertanto con tutto questo è allogata del pari che l'azione *de dolo* tra le azioni *in personam* (2), perciocchè il diritto che essa rende a far valere quantunque derivato soltanto dall'editto del pretore è un diritto di obbligazione. Alcuni autori moderni han dedotto da ciò una classe speciale di azioni sotto il titolo di *personales actiones in rem scriptae*: ma questa suddivisione è estranea, come classificazione, alla giurisprudenza romana. Quì si trova semplicemente l'applicazione di quel principio, che, non ostante la redazione generale della formola, quel che innanzi tutto predomina per qualificare l'azione è la natura medesima del diritto. In un senso un poco differente da questo Ulpiano ha detto degl'interdetti: « *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt* ». (3), per indicare che siccome essi sono delle leggi particolari date spezialmente per ciascuna causa, così sono personali alle parti.

Finalmente anche sotto il sistema formolario si diceva delle *persecutiones* per via straordinaria innanzi al pretore che esse erano *in rem*, o *in personam* (4), benchè avesser luogo senza redazione o rilascio di alcuna formola: il che evidentemente compie la dimostrazione che la divisione dipendeva essenzialmente ed innanzi tutto dalla natura del diritto.

Se si consideri la redazione della formola, non si potrà concepire l'idea di un'azione che sia nel tempo stesso *in rem* ed *in personam*; perciocchè non è possibile che il nome del convenuto sia in un tempo medesimo enunciato e non enunciato nell'*intentio*. Nondimeno può accadere che la medesima persona abbia relativamente alla medesima cosa un diritto di proprietà, ed un diritto di obbligazione. Per es. se io vi ho dato in fitto, o dato in deposito la mia cosa, io ho in quanto a questa cosa nel medesimo tempo il diritto reale di proprietà in generale, e contro voi in particolare il diritto di obbligazione risultante dal nostro contratto. Similmente se io son coerede insieme con voi di una successione, o comproprietario di una cosa indivisa, io ho nel tempo stesso in quanto a questa eredità, o a questa cosa il diritto reale di proprietà in generale, e contro voi in particolare il diritto di obbligazione risultante dal quasi-contratto, per costringervi alla divisione. Similmente se i nostri due poderi son vicini, io ho ad un tratto in quanto al mio campo il diritto reale di proprietà in generale, e contro di voi in particolare il diritto di obbligazione risultante parimenti dal quasi-contratto per costringervi a fissare i nostri confini. Ma questi sono due diritti distinti, i quali si esercitano con due azioni differenti e separate, secondo che io ho bisogno di far riconoscere o eseguire l'uno o l'altro. Così tanto per rispetto alla natura del diritto, quanto per rispetto alla redazione della formola, la medesima azione non potrebbe esser sotto il sistema formolario nel tempo stesso *in rem*, ed *in personam*. Per esempio quando io agisco contro voi con le azioni divisiose *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, o con l'azione a determinare i confini (*finium regundorum*), io domando puramente l'esecuzione della obbligazione; il mio diritto di eredità o di proprietà non è discusso nè deciso in queste tali azioni, ma vi è supposto; perciocchè se vi fosse messo in quistione, questa sarebbe una contestazione separata e pregiudiziale, l'oggetto d'un *praejudicium* che si dovrebbe precedentemente far diffinire (5). Così le tre azioni *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *finium regundorum* sono in quanto alla natura del diritto tre azioni *in personam* che tendono all'adempimento di un'obbligazione nata *quasi ex contractu*, e possiamo esser certi, che erano eziandio *in personam* in quanto alla redazione della formola, benchè questa redazione non sia a noi interamente pervenuta. E così appunto sono formalmente qualificate ne' testi (6). Io adunque son

---

designari oportet cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse.

(1) *D.* 4, 2. Quod met. caus. 14, § 3, *f. Ulp.*

(2) Qui appresso § 31.

(3) *D.* 43 *l.* De interd. 1, § 3, *f. Ulp.*

(4) *D.* 44, 7. De obl. et act. 28 *f. Papin.*: *Persecutio* in rem *vel* in personam ».

(5) *D.* 10, 2 Fam. ercisc. 1 § 1 *f. Gai.* nel quale non pertanto si vede un caso in cui il giudice benchè non sia chiamato a decidere la quistione di diritto di eredità, può tuttavia esaminare se le parti hanno la qualità di eredi, o nò 36 *f. Ulp.* 37 *f. Scaev.* — 44 1. De except. 18 *f. Afr.*

(6) *D.* 10, 4. Fin. reg. 1, *f. Paul.*; *Finium regundorum actio* in personam *est*, *licet pro vindicatione rei est* — *C.* 7, 40. De ann. except. ital. 1,

convinto, che non è mai caduto in pensiero a'giureconsulti nel tempo del sistema formolario di considerar queste azioni come *in rem*, ed *in personam* nel medesimo tempo, e di farne una terza classe sotto la denominazione di azioni miste. La divisione di che ragioniamo intesa a questo modo non contiene che due termini: azioni *in rem*, ed azioni *in personam*; non vi ha mezzo niuno, o suddivisione che le appartenga. Se più tardi i compilatori delle Instituzioni di Giustiniano han detto delle tre predette azioni: *mixtam causam habere videntur tam in rem quam in personam* », questo è stato detto in un tempo in cui la precisione della procedura formolaria s'era perduta di vista; ed aggiungasi ancora che essi non ne fanno una terza classe di azioni, le azioni *miste*; giacchè in questa medesima legislazione di Giustiniano sono qualificate come azioni personali (1). Noi adunque ragionando di quest'epoca avremo a vedere come i compilatori delle Instituzioni sieno stati condotti a servirsi delle espressioni che abbiam riportate, e qual senso vi si può ragionevolmente attribuire (2).

I nomi di *vindicatio* e di *condictio* derivati dalle azioni della legge furono, come abbiam detto, conservati alle azioni *in rem* e ad un certo numero di azioni *in personam* del sistema formolario, benchè le solennità che avean dato luogo a questi nomi non si osservassero più (qui sop. 272). Ma in quanto a siffatte denominazioni vi ha delle lievi differenze, che torna utile far conoscere.

Tra le azioni *in rem* quella che ha per scopo la reclamazione del diritto di proprietà d'una cosa corporale si formola dicendo non già che il diritto di proprietà sulla tal cosa ci appartiene, ma che questa cosa medesima è nostra (*corporalem rem intendimus nostram esse*), In fatti il diritto di proprietà nella sua qualità di più esteso, e più energico fra i diritti reali ci appropria siffattamente la cosa che esso in certa guisa rimane assorbito in essa, e quello che noi diciamo appartenerci, e che reclamiamo è la cosa medesima; e però l'azione *in rem* porta in questo caso più particolarmente il nome di *rei vindicatio*, o *vindicatio* per eccellenza. Per contrario se il diritto che reclamiamo è un diritto di usufrutto, di servitù, o altra quasivoglia frazione del diritto di proprietà, noi non possiamo dire che la cosa è nostra, ma bisogna necessariamente che indichiamo il diritto che pretendiamo avere, (*intendimus jus aliquod nobis competere*) Quel che noi reclamiamo non è la cosa, ma il diritto, vale a dire un oggetto incorporale. E però le azioni reali in questi casi son qualificate *vindicationes rerum incorporalium*.

In quanto a ciò che si appartiene alle *condictiones* si presentano delle gradazioni, più dilicate e più difficili a determinare. Solamente la storia può rischiararle, e rendercene più facile l'intelligenza.

Le obbligazioni nell'ultimo stato delle azioni della legge si trattavano in tre sorte di azioni: la *judicis postulatio*, la *condictio*, e la *manus injectio* che dava luogo, soltanto per alcune cause speciali, ad una lite che il pretore medesimo decideva senza inviare innanzi ad alcun giudice. Questo è il retaggio che han dovuto raccogliere le azioni *in personam* del sistema formolario. Questa osservazione è sufficiente a dimostrare storicamente che esse non dovevano prender tutte il nome di *condictiones*, essendocchè una gran parte di esse succedettero non già alla *condictio*, ma alla *iudicis postulatio*.

La azione della legge per *condictionem* avea luogo esclusivamente per le obbligazioni di trasferire in proprietà (*dare*), da prima in forza della legge Silia una somma determinata di denaro (*certa pecunia*) e di poi per vigore della legge *Calpurnia* qualunque altra *res certa*. Primamente nel sistema formolario le sole formole per constringere all'adempimento di cosiffatte obbligazioni prendevano il titolo di *condictiones*. Esse ereditarono in un tempo medesimo la missione ed il nome dall'azione della legge, quantunque la formalità della denunzia chiamata *condictio* non avesse più luogo. Così l'*intentio* di tali formole era necessariamente: «*dare oportere*» *certam pecuniam* o *rem certam*: essa esprimeva una obbligazione di diritto civile unilaterale. Le cagioni che le potevano dare origine son in gran numero; tra i contratti, quelli formati *re*, *verbis*, o *litteris* ai quali si riferiscono queste espressioni di Cicerone, « *pecunia data*, *stipulata*, *aut expen-*

---

§ 1, const. Justin. *Omnes* personales *actiones neque actionis familiae erciscundae, neque communi dividundo, neque finium regundorum etc.... neque alterius cujuscumque* personales *actionis, etc.*

(1) V. la nota preced.

(2) Qui appresso § 20.

silata » (1); tra i fatti onde derivano delle obbligazioni *quasi ex contractu*, i legati *per damnationem* d' una cosa certa, il pagamento per errore d' una cosa non dovuta; tra i delitti, la ripetizione della cosa rubata data contro il rubatore per derogazione ai principii (qui sup. p.244); e parecchi altri casi, ne quali alcuno dopo aver alienata la sua cosa per alcune cause che non si sono effettuate, o che sono illecite, o sulle quali è permesso di rivenire, ha il diritto di richiedere che la proprietà gliene sia restituta (sop. p.197); e da ultimo generalmente tutti i casi in cui si può sostenere secondo il diritto civile che una persona sia unilateralmente obbligata di trasferirci in proprietà (*dare oportere*) la tal somma precisa di danaro, o la tal cosa determinata(2).Tal'è la *condictio* propriamente detta del sistema formolario;essa non è altro che la successione dell'antica azione della legge per *condictionem* alla quale son riuniti eziandio alcuni casi particolari della *manus injectio*. Da questa nozione della *condictio* propriamente detta risulta chiarissimamente la spiegazione di quella massima che la *vindicatio* e la *condictio* sono inconciliabili, e non possono entrambe aver luogo pel medesimo oggetto (3): conciosiacchè nell'una noi sosteniamo che la tal cosa è nostra,e nell'altra che il nostro avversario è obbligato di trasferircene la proprietà. Solo contro i ladri,e per odio di loro erasi per eccezione ammesso che siffatte due azioni si potesser cumulare insieme.

Ma col tempo a misura che gli uomini più si allontanavano dalle azioni della legge e dall'impero della loro ricordanza, la denominazione di *condictio* si venne estendendo. Se in luogo dell'obbligazione unilaterale e di diritto civile di dare (*dare*) una cosa certa, si tratta di una somigliante obbligazione di dare una cosa incerta; se p. e. in luogo d' una *res certa*, si è stipulata o legata per *damnationem* una *res incerta*, come serebbe una cosa da prendersi in genere, un usufrutto, una servitù, ed altre somiglianti cose, la causa dell'obbligazione in questo secondo caso è la medesima che nel primo, e però all'azione che ne risulta, viene per usanza attribuito egualmente il titolo di *condictio*. Al medesimo risultato si venne pel caso in cui in luogo d'una obbligazione di dare si trattava, come nella stipulazione o nel legato, di un obbligazione di fare (*facere*), come sarebbe di dar sicurtà, di liberare da un debito, di cedere le azioni di un credito, ed altri somiglianti. Da allora il titolo di *condictio* si è applicato eziandio alle formole con *intentio incerta* enunciante un diritto di obbligazione unilaterale di dare una cosa indeterminata, o di fare: « *Quidquid paret dare facere oportere* ». In questo stato appunto Gaio la definisce allorchè dice: « *Appellantur... in personam vero actiones quibus dare fierive oportere intendimus, condictiones* » (4). In questo testo non si fa parola di obbligazioni di *prestare*, le quali per conseguenza parrebbero escluse dalla qualificazione di *condictiones* anche quando prendono origine da un atto unilaterale e civile p. e. da una stipulazione, o da un legato *per damnationem*. Io confesso che non ne veggo una ragione sodisfacente e che non pertanto son inclinato a non interpetrare la definizione di Gaio nel senso di questa esclusione. Checchè ne sia, è però manifesto che la *condictio* formolaria così estesa si trova al tutto fuori dell'azione della legge *per condictionem*, e che essa è entrata nel campo che un tempo apparteneva alla *iudicis postulatio*.Nondimeno essa non vi ha preso niuno de'casi di obbligazioni reciproche, e valutabili *salva fide*, ai quali quest' ultima azione della legge si applicava (qui sop. p. 283): essa è rimasta al tutto estranea a'casi di tal natura , ma serve come d'incamminamento,e di transizione verso di essi.

Ora noi vedremo riflettersi queste memorie, e questo svolgimento storico fino nelle particolari denominazioni adoperate sotto il sistema formolario in materia delle *condictiones*. La *condictio* estesa alle obbligazioni incerte prende il nome di *condictio incerti*, e la vera e primitiva *condictio* prende per contrapposto quello di *condictio certi*. Non pertanto l' espressione di *condictio incerti* non è adoperata che come qualificazione generale(5), e le azioni di tal natura hanno il più delle volte tratto il loro nome particolare dall'avvenimento dal quale derivano. Così si è detto *actio ex stipulatu*, *actio ex testamento*,

(1) Cic.Pro Rosc.*c.5.* « *Condictio certi est pecunia aut data, aut expensilata, aut stipulata.* »

(2) *D. 12, 1.*De reb. cred. *9, f. Ulp.; Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur, etc.*

(3) *D. 13, 3.* De cond. trit. *1,* § *1,f. Ulp.*

(4) *Gai. Com. 4,* § *5.*

(5) *D. 12, 7.* De cond. sin. caus. *3, f.Julian.— 13, 1.* De condict. furtiv. *12,* § *2, f. Ulp.*

quando l'oggetto della stipulazione o del legato è stata una *res incerta* (sop. p. 97). Parimente per la *condictio certi* il nome di *condictio certi*, o semplicemente *condictio* è restato più specialmente proprio alle azioni nascenti dai tre contratti civili *re*, *verbis*, *litteris*, e dal legato per *damnationem*; agli altri casi si sono applicate delle denominazioni particolari appropriate a ciascuno di essi: *condictio indebiti*, *condictio furtiva*, *condictio causa data causa non secuta*, *o ob causam datarum*, *condictio ob turpem vel injustam causam* etc. (1). In fine per un legame più stretto colle memorie dell'antica azione della legge *per condictionem*, e della sua primitiva origine secondo la legge SILIA, il titolo di *condictio certi*, o di *condictio* per eccellenza è stato riservato anche più eminentemente alla *condictio* per una determinata somma di danaro (*certae pecuniae*); e per opposizione si è data a tutte le altre o certe o incerte che sieno, la denominazione generica di *condictio triticaria* (2), derivata dalla derrata, che dopo il danaro si presta più ad una determinazione precisa, cioè dal frumento (*triticum*).

Da ciò si vede che la parola *condictio* è stata più o meno estesa, o ristretta nella sua significazione secondo gli oggetti, ai quali è stata applicata, secondo le memorie storiche alle quali si è avuto riguardo, o le parole alle quali è stata contrapposta. Da ultimo nella sua maggiore estensione, e contraponendola unicamente alle azioni *in rem* si è usata eziandio a significare ogni azione *in personam* (3).

Le azioni o formole concepute *in factum* essendo per loro origine e per loro natura estranee alle quistioni di diritto così di proprietà, come di obbligazioni, son sempre fuori il demanio di queste diverse *condictiones* delle quali abbiam fatto parola. Non vi si propone niuna quistione nè di *dare*, nè di *facere*, nè anco di *praestare oportere*; esse restano redatte come quistioni di fatto; quindi ad esse, non si può per alcun titolo applicare il nome di *condictiones*.

Azioni *in jus* o *in factum*. — Azioni dirette (*directae*) o utili (*utiles*) — Azioni finte (*fictitiae actiones*) — Azione *in factum praescriptis verbis*.

La precedente divisione delle azioni si fonda principalmente sulla natura medesima del diritto che si reclama. Vediamo ora quelle che dipendono dal modo come la formola è conceputa. Innanzi tutto si presenta la distinzione già esposta qui sop. p. 393 delle azioni *in jus* o *in factum conceptae*.

Questa distinzione i cui particolari offrono qualche oscurità si fa chiara per la sola considerazione della sua origine storica. Non dimentichiamo che la formola *in factum concepta* è il primo germe del sistema formolario, che essa è la primitiva redazione come fu immaginata nella sua prima destinazione pei peregrini, e che per questi peregrini essa non poteva altramente esser conformata, essendochè rispetto a questi non era possibile alcuna quistione di diritto civile così di proprietà o d'altro diritto reale, come di obbligazione. Il pretore proponeva in quistione un fatto, e per virtù della sua potestà egli legava alla sua soluzione affermativa la conseguenza d'una condanna pecuniaria. Ricordiamoci che la formola *in jus concepta* è venuta dipoi; dal momento che si volle estender l'uso delle formole alle liti tra' cittadini, perciocchè da quel momento cominciarono ad esservi quistioni di diritto da proporre. E però Gaio definisce questa formola dicendo che essa ha una *intentio* di diritto civile (*juris civilis intentio*) così di proprietà o altro diritto reale « *Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse* »; come di obbligazione » *Si paret, o quidquid paret dare facere oportere* » o anche, e questa pare la formola speciale pel caso di furto: « *Si paret pro fure damnum decidere oportere* » (4). Sovente ad un occhio poco esercitato, e dalla lettura dell'intera formola parrà poco manifesta la differenza tra quella che è redatta *in factum*, e quel-

(1) *D. 12, tit. 4, e seg. 15, tit. 1 e seg.*

(2) *D. 13, 3.* De condict. tritic, *1, f. Ulp. Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, si certum petetur, qui autem alias res, per triticariam condictionem petet, etc.*

(3) *D. 44, 7.* De oblig. et act. *25, pr. f. Ulp.: Actionum genera sunt duo: in rem quae dicitur* vindicatio; *et in personam, quae* condictio *appellatur.* Se ne trova ancora qualche traccia *D. 12, 1.* De jurejur. *2, § 48. f. Paul.*

(4) *Gai. Com. 4 § 45* confrontato col *§ 37.*

la che è redatta *in jus* (1); ma riguardandovi da presso si vede che generalmente pel diritto reale l'idea e l'espressione di *rem esse*, *o jus competere* (*rem aliquam*, *o jus aliquod* A. A. *esse o competere*), e per l'obbligazione l'idea, e l'espressione di *oportere*(*dare*, *facere*, *praestare*, *o profure damnum decidere oportere*) riassumono e comprendono in se una quistione di diritto. Cosiffatte idee ed espressioni non si trovano nella formola *in factum*. Noi sappiamo anche precisamente pel modo come il procedimento formolario si è svolto e perfezionato, che nella redazione *in factum*, la quale fu la prima ad essere immaginata non si erano ancora distinte e denominate nella formola le due parti, che più tardi presero il nome di *demonstratio*, e d'*intentio*. Questa distinzione fu fatta in progresso di tempo, e solamente nelle formole *in jus*, di tal che essa non è applicabile alla formola *in factum*. Di questa formola dicesi comunemente che la *demonstratio* si confonde nell'*intentio*, o viceversa che l'*intentio* si confonde nella *demonstratio*: sarebbe più esatto a dire ch'essa non ha nè l'una nè l'altra; ed in fatti si può vedere che la definizione, e gli esempi dati da Gaio si riferiscono unicamente alla formola *in jus* (2). In quanto alla formola *in factum* essa ha due sole parti: una che non si chiama nè *demonstratio*, nè *intentio*, la quale propone la quistione di fatto secondo la pretensione dell'attore, e l'altra che contiene la *condemnatio*(p.292 297 e 303).

In somma, ed anche come conseguenza della sua origine storica, i caratteri dell'azione *in factum concepta* possono riassumersi in questo modo: essa non propone quistioni di diritto; dal che segue che non ha nè *demonstratio*, nè *intentio* propriamente dette; ch' essa è fuori la sfera del diritto civile; in fine che generalmente, ed a rigore essa è estranea alle principali divisioni delle formole civili (*in jus conceptae*).

Alcuni autori han creduto dover distinguere ed annoverare più specie di azioni *in factum conceptae*: la materia ne è divenuta estremamente intralciata e difficile a comprendere: mentre in fondo vi è sempre un solo e medesimo modo di redazione per tutti gli usi.

In fatti la formola *in factum concepta* fu da prima immaginata pei peregrini, ma di poi fu in parecchie occasioni applicata eziandio alle liti tra cittadini. Essa fu pei pretori, in materia di azioni, uno di quei mille mezzi ingegnosi che adoperavano per eludere il rigore del diritto civile, e per sopperire alle sue lagune. Si può dire in generale che quando il diritto pretorio volea munir d'azione de' casi, pe' quali il diritto civile non ne apprestava niuna, e per conseguenza non era possibile di comporre una formola *in jus*, uno degli espedienti più consueti, per giugnere a questo scopo era di ricorrere ad una formola *in factum*. Questo non era altro che ripetere pei cittadini quel che a principio erasi fatto pei peregrini.

Così i cittadini *alieni juris*, p. e. i figliuoli di famiglia non avendo nell'ordine privato, e secondo il diritto civile personalità loro propria, non potevano avere in lor proprio nome alcuna azione di diritto civile (*in jus concepta*); ma il diritto pretorio ne'casi in cui credea giusto, riusciva a darne una ordinandola *in factum* (3). Questa è senza dubbio una delle ragioni perchè l'*album* talvolta sopra alcuni punti di diritto civile conteneva le due sorte di formole, l'una redatta *in jus*, e l'altra *in factum*, come Gaio ce ne dà un esempio pel deposito, e pel comodato(4).

---

(1) Vedete l'esempio delle formole composte ciascuna per una medesima causa in Gaio Com. 4 § 47 qui presso nota 4.

(2) *Gai. Com. 4*, §§ *40*, *e 41*, ravvicinati *a* § *60*.

(3) *D. 44*, 7, De obl. et act. *9*, *f. Paul.* « *Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati*, *ut Julianus putat* ». — *19*, *f. Ulp.* » *In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere* », *Conf. D. 5*,*1*. De judic.*18*, § *1*,*f. Ulp.* ove è detto precisamente a proposito delle azioni *ex maleficio o ex contractu* p. e. *depositi*, *mandati*, *etc.*: « *Et Juliano placet... posse*(*filium familias*) *utili judicio agere*: « Or l' azione utile di che in. questo luogo si tratta è un azione redatta *in factum*

(4) *Gai. Com. 4*, § *47*. Ecco la formola del deposito conceputa *in jus*: *Judex esto quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit*, *qua de re agitur* (questa è la *demonstratio*): *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona* (questa è l'*intentio juris civilis*, con le espressioni caratteristiche d' un obbligazione di diritto *dare facere oportet*); *Ejus judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato nisi restituat; si non paret absolvito* (Questa è la *condemnatio*). — Ecco la formola sulla medesima causa, ma redatta *in factum*: *Judex esto*, *si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse*, *eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse* (questa è la prima parte corrispondente alla *demonstratio* ed alla *intentio* riunite che propone non già una quistione di diritto *dare facere oportere*, ma una quistione di fatto): *Quanti ea res erit*, *tantam pecuniam ju-*

Similmente il diritto pretorio ricorreva eziandio alle formole redatte *in factum* o per munire d' azione taluni diritti che erano in tutto al di fuori della sfera del diritto civile, e che erano stati introdotti solamente per l' editto (1), o per estendere a cagione di analogia e di utilità qualche azione civile ad alcuni casi che non riunivano realmente tutti i caratteri richiesti dal diritto civile: queste azioni in tal modo estese son quelle che noi abbiamo più volte incontrate sotto la denominazione di azioni utili (*utilis actio*) per contrapposto dell'azione che direttamente deriva dal diritto civile, che in questo senso addomandasi azione diretta (*directa actio*).

Per ottenere i due risultati che abbiamo accennati cioè per munire di un azione i diritti introdotti soltanto dall'editto, o per estendere al di là della loro sfera le azioni civili, il pretore ricorreva a due diversi espedienti. Il più delle volte ad una formola redatta *in factum*. Così la più parte delle azioni pretorie e delle azioni utili sono delle azioni *in factum conceptae*. Del resto questa estensione per analogia di un' azione già esistente a casi, o a persone che non rientrano perfettamente nella sua sfera, poteva spingersi a diversi gradi. E così si può incontrare l' azione utile di un'azione di diritto civile, o l'azione utile di un'azione pretoria(2); o da ultimo anche l'azione utile di un'azione utile. Ma in ciò non si debbono distinguere tante diverse specie di azioni utili, perocchè questo sarebbe complicare ed oscurare inutilmente la materia. L'idea che si applica è sempre la medesima: estensione per analogia e per utilità di un'azione già esistente a casi che non rientrano perfettamente nella sua sfera, ma che si avvicinano, ovvero a persone alle quali essa rigorosamente non dovrebb' esser data (3).

L'altro andamento adoperato parimente dal pretore conduceva a dare non solamente un'azione *in factum*, ma eziandio un azione *in jus* per taluni diritti che erano solamente pretorii, o ch'erano estesi oltre i confini del diritto civile. Questo mezzo consisteva in una finzione, ed in sostanza si riduce ad esprimer nella redazione della formola, che la tal formola si dà come si darebbe se vi concorresse nella causa il tal fatto, o la tale qualità di dritto civile. Non si vuol confondere queste finzioni con quelle che il pretore avea già fatte a proposito di certa azioni della legge (p. 296), queste sono d' un altro genere: « *habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis* » ci dice Gaio (4), e ce ne dà parecchi esempi: 1.° quello del possessore dei beni (*bonorum possessor*) che il pretore mette in luogo di un erede (*loco heredis*), quantunque non sia tale, ed al quale, o contro il quale egli dà le azioni che provengono dall' eredità mediante una formola fatta nella finta ipotesi ch' egli sia veramente erede (*ficto herede*) (p. 52); p. e. per dargli una *rei vindicatio* « *Iudex esto: Si Aulus Agerius Lucio Titio heres esset, tum si fundum de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret*, etc. ovvero per dargli un' azione in personam: » ... *Tum si paret Numerium Aegidium Aulo Agerio*

DEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO, SI NON PARET ABSOLVITO.

(1) Noi abbiamo qui sopra (*lib. 4, tit. 4, § 16.*) precisamente ad occasione d'una medesima legge, cioè della legge Aquilia l'esempio d'un azione utile, vale a dire che è conceduta per estensione e per analogia da un'azione diretta, la quale altronde è concepita *in factum*, e che per questa ragione si può chiamare *actio in factum utilis ex lege Aquilia*. Ed abbiamo in pari tempo l' esempio d' un'azione creata unicamente dal diritto pretorio, fatta astrazione dalla legge *Aquilia*,, perchè i fatti non presentano una sufficiente analogia con questa legge, e qualificata semplicemente *actio in factum*. Ravvicinate a quest' osservazione varii testi del Digesto, in cui l'azione utile della legge *Aquilia* è quasi sempre qualificata soltanto *actio in factum*: *D. 9, 2* Ad leg. Aquil. *7*, §§ *3*, e *6, f. Ulp.*; *9, pr. e § 2, f. Ulp. 11, § 8, e 10, fr. Ulp.; 17, pr. f. Ulp.; 29, § 7, f. Ulp. 33, § 1, f. Paul.; 53 f. Nerat.* Noi abbiamo degli altrii esempi di azioni introdotte unicamente dal diritto pretorio, e qualificate azioni *in factum*: *Gai. Com. 4, § 46.* — Similmente nel Digesto di Giustin.; *27, 6*. Quod falso tutore *9, § 1, f. Ulp.; 40, 12*. De liber. caus. *13, pr. f, Gai.; 42, 8*. Quae in fraud. credit. *10, pr. e 14. f. Ulp.* Le azioni *quod metus causa e de dolo* introdotte dall' editto erano eziandio delle azioni redatte *in factum*.

(2) Tal' è l'*utilis in factum actio* di cui parla Gaio *D. 11, 7*. De relig. *7, pr. e § 1*. Così ancora noi troviamo ne' frammenti del Vaticano § 90, l'indicazione di un interdetto utile: « *Inde et interdictum* uti possidetis *utile hoc nomine proponinitur.. etc.* »

(3) D. *5, 1*. De jud. 18, § *1, f. Ulp.* «... *Posse (filium familias)* utili judicio *agere* » — *D. 9 2*. Ad leg. Aquil. *11, § 10, f. Ulp.; An fructuarius, vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Julianus tractat: et ego puto melius* utile judicium *ex hac causa dandum — 17, f. Ulp.; Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit*, in factum *actione tenebitur*.

(4) *Gai. Com. 4, § 34.*

sestertium X millia dare oportere (1); 2.° l'esempio del *bonorum emptor*, pel quale il pretore praticava perfettamente lo stesso, giacchè egli parimente non era che un successore pretorio, siccome abbiam già veduto (sop. p. 70) (2); 3.° l'esempio di colui che essendo in via di acquistare una cosa per usucapione, ne avesse perduto il possesso, ed al quale l'editto permetteva che quantunque non fosse proprietario, potesse rivendicar questa cosa mediante una formola fatta per l'ipotesi finta ch'egli avesse compiuta l'usucapione (fingitur re usucepisse): « *Iudex esto: si quem hominem Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure Quiritium esse oporteret etc.* » (3). Questa è l'azione detta *Publiciana in rem actio* dal nome del pretore Publicio che fu il primo ad introdurla (V. I. p. 294): 4.° l'esempio dei peregrini, a' quali o contro i quali il pretore perviene a dare delle azioni di diritto civile componendo la formola per la finta ipotesi che fosser cittadini (*civitas romana peregrino fingitur*); p. e. per l'azione di furto contro un peregrino: « *Iudex esto: si paret ope consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret* etc. »; similmente per l'azione della legge *Aquilia* (4). In tal modo mentre riguardo a' peregrini la sola formola regolarmente possibile era la formola primitivamente immaginata per essi; cioè la formola *in factum*, il pretore pervenne per una finzione ad applicar loro anche delle formole civili, proponendo una quistione di diritto (*in jus*) 5.° Finalmente l'esempio de' casi, in cui allorchè il nostro debitore ha patito la piccola diminuzione di capo, come sarebbe per una donna per effetto della *coemptio*, un uomo per effetto d'un arrogazione, avvenimento che ha distrutta la sua personalità, ed ha per conseguenza estinto le azioni che noi avevamo individualmente contro di lui; il pretore ci conserva queste azioni col soccorso di una formola composta per la finta ipotesi che questa diminuzione di capo non avesse avuto luogo (*fingitur capite deminutus, deminutave non esse*) (5).

Queste sorte di azioni son dette da'giureconsulti romani azioni fittizie (*fictitiae actiones*) (6). Del restante si vede che queste sono delle azioni, le quali mediante la finzione che contengono son redatte in diritto (*in jus*), e non in fatto (*in factum*). Quando esse son date per analogia di azioni esistenti estese per questo mezzo a persone, o a casi fuori della sfera, portano del pari la qualificazione generale di azioni utili (*utilis actio*) (7). Il procedimento per dare ad esse siffatta estensione è differente, ma il loro carattere di utilità è il medesimo. Che anzi avveniva talvolta che il pretore pel medesimo caso usasse dell'uno e dell'altro procedimento, cioè o di una formola finta, o di una formola *in factum* (8).

In fine si vuol confondere con le formole *in factum conceptae* l'azione che sotto la denominazione d'*actio in factum praescriptis verbis*, o solamente d'*actio in factum* figura frequentemente nel diritto romano, segnatamente pei contratti reali ed innominati *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *o facio ut facias*; ma bisogna ben guardarsi da cosiffatta confusione. Noi abbiam già detto (sop. p. 196) che l'azione *in factum praescriptis verbis* ha una *intentio* conceputa non *in factum* ma *in ius*, un'*intentio* di diritto civile (*civilis intentio*) secondo le espressioni proprie de'testi che ha per oggetto una cosa indeterminata, e che formola per conseguente la pretensione di diritto in questi termini: *Quidquid ob eam rem..... dare facere oportet*. E da ciò per l'azione *in factum praescriptis verbis* è venuta la qualificazione d'*actio civilis incerta* ripetuta in una moltitudine di testi (9). In quest'azione civile non vi è altro che sia conceputo *in factum*

---

(1) *Gai. Com. 4, § 34, Confr. Ulp. Reg. 28, 1*
(2) *Gai Com. 4, § 35, e Com. 3, §§ 80, e 81.2.*
(3) *Gai. Com. 4, § 36.*
(4) *Gai. Com. 4, § 37.*
(5) *Ivi §§ 38, e 80.*
(6) *Ulp. Reg. 28, 12.*
(7) *Gai: Com. 4, § 38.* Actio utilis *rescissae* capitis *deminutione, id est in qua fingitur capite deminutus deminutave non esse.*
(8) Tal era la rivocazione degli atti fatti in frode de' creditori, alla quale si perveniva o mediante l'azione *Pauliana* azione fittizia secondo quel che vediamo anche nelle Instituzioni di Giustiniano (qui appresso § 6); o mediante un'azione *in factum* (*D. 42, 8.* Quae in fraud. credit. *10, pr. f. Ulp.*).
(9) *D. 2, 14.* De pactis. *7, § 2, f. Ulp.; Julianus scribit* in factum *actionem a praetore dandam. Ille (Mauricianus) ait* civilem incerti actionem, *id est* praescriptis verbis *sufficere, esse enim contractum etc. D. 19, 5.* De praescript. *verb. 1, § 2, f. Papin.* In factum civilis actio. — *6, f. Nerat.* Civili intentio incerti *agendum*; — *15, f. Ulp.*; Civitis actio *oriri potest, id est* praescriptis verbis —

che la sola *demonstratio*, in questo senso, che, come è quistione di contratti che non hanno in diritto un nome proprio, ma son formati solamente pei fatti particolari che hanno avuto luogo, il pretore nella prima parte della formola non può indicarli al giudice per la sola denominazione legale, come egli potrebbe fare per la locazione, per la società, ma è necessario che proponga nella *demonstratio* l'enunciazione preliminare di questi fatti. « *Tam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est. In quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullo iure civili proditae sunt* » (1). E questo è quel che chiaramente e laconicamente sta detto in una costituzione di Alessandro: « *Actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat* » (2). Adunque l'aziona *in factum praescriptis verbis* non è un'azione conceputa *in factum*, ma sibbene *in ius*.

Diam fine a questa materia facendo notare che la redazione *in factum* può in certi casi presentarsi con una precisione più o meno rigorosa; in fatti essa può esser conceputa in modo da lasciar fare al giudice una valutazione giuridica o morale del fatto enunciato, o restringerlo alla sola verificazione d'un fatto materialmente determinato, di tal che nel diritto romano si può incontrare la redaziane *in factum* d'un azione che di già per sua natura è *in factum*. Tale è il caso dell'azione *de dolo malo*. In fatti benchè quest'azione sia pretoria, e sempre conceputa *in factum*, quando si propone al giudice la quistione di fatto: se vi è stato dolo nell'affare da parte del convenuto, gli si dà necessariamente l'incarico d'indagare gli atti del convenuto, di valutarli moralmente e giuridicamente, e decidere finalmente se costituiscono dolo, o no. Ma questa valutazione non dovrà farsi, e la missione del giudice sarà più ristretta se gli si proponga per quistione unicamente il sapere se il convenuto abbia fatto il tal atto formalmente definito nella formola. Allora egli non ha altro a fare che a verificare se questo tale atto abbia avuto luogo, o no, senza brigarsi di qualificarlo dolo, o no. Quest'ultima forma di redazione è quella dell'azione di dolo mitigata, temperata (*in factum composita*, *in factum temperata*). Il pretore vi ricorreva in certi casi e segnatamente per talune persone contro le quali non volea dar l'azione di dolo a cagione dell'infamia ch'essa arrecava a colui che era condannato (3). L'azione *quod metus causa* era suscettiva del medesimo temperamento, che noi vedremo riprodursi eziandio nelle eccezioni (4).

Azioni di stretto diritto (*stricti juris judicia*), **di buona fede** (*bonae fidei*), **azioni arbitrarie** (*arbitrariae*).

La divisione delle azioni, delle quali or ci facciamo a ragionare si rannoda, come la precedente alla redazione della formola; ma meno strettamente, e soltanto sotto il riguardo dell'estensione de'poteri conferiti al giudice.

Nella più antica azione della legge, nell'azione *sacramenti* noi abbiam veduto il giudice strettamente limitato all'incarico di dichiarare secondo i principi del diritto quiritario se il *sacramentum* era giusto o ingiusto (p. 278 e 282). Ed anche nell'ultimo stato delle azioni della legge quando non rimaneva più all'azione *sacramenti* alcun applicazione in materia di obbligazioni, l'azione per *condictionem* che avea raccolto il suo ultimo retaggio era succeduta eziandio al suo rigore: l'attore vi sosteneva che il convenuto era obbligato di trasferirgli in proprietà una cosa certa (*dare certam pecuniam* o *rem certam*): quivi non v'era mezzo, o si dovea tutto o niente, l'obbligazione, o esisteva, o non esisteva secondo i principii del diritto quiritario. L'azione della legge *per iudicis postulationem* al contrario lasciava al giudice una certa latitudine di estimazione sì quanto all'oggetto dell'obbligazione o delle obbligazioni reciproche che abbracciava, e sì ancora quanto alla loro esistenza. E però il giudice vi prendeva spesso il nome di *arbiter* (p. 283 e 285).

Questa opposizione in quanto ai poteri del giudice tra le azioni della legge *sacramenti* o *per condictionem* da una parte e la *iudicis postulatio* dall'altra passò nel

---

C. 4, 54. De rer. perm. *6, const. Diocl. et Maxim.*; Praescriptis verbis incertam civilem *dandam actionem*.

(1) *D. 19, 5.* De praescript. verb. *2, f. Cels. e 5, f. Julian.*

(2) *C. 2, 4.* De transact. *6, const. Alex.*

(3) *D. 4, 3.* De dol. mal. *11. f. Ulp.*; « *Quibusdam personis non dabitur; ut puta liberis vel libertis adversus parentes, patronosve, cum sit famosa. Sed nec humili adversus eum qui dignitate excellit... etc. in horum persona dicendum est* in factum *verbis temperandam actionem dandam ut* bonae fidei *mentio fiat.*

(4) Qui appresso tit. 13, § 1.

sistema formolario, con questa particolarità, che ciò che nelle azioni della legge risultava dal modo medesimo di procedere, nel sistema formolario era mestieri che si ottenesse per mezzo della redazione della formola.

Se la formola civile, quella cioè che propone una quistione di diritto (*in jus conepta*) non conferisce al giudice alcun potere particolare e di eccezione, il giudice è ristretto alla decisione di una quistione di diritto civile, e dee conformarsi a'principii di questo diritto senza prendere in considerazione alcuna circostanza qualunque di equità, o di buona fede al di fuori di questi principii. Ma se la formola civile contiene aggiunte alla quistione di diritto queste parole: *ex fide bona*; o queste che si adoperavano nell'azione di fiducia, *ut inter bonos bene agier oportet*; o queste che si usavano nell'azione *rei uxoriae*. *quod aequius, melius*, o altre equivalenti, il giudice si trovava investito d'un potere più ampio. Benché la quistione proposta fosse una quistione di diritto civile, non Pertanto il giudice riceveva l'incarico di prendere in considerazione tutte le circostanze di equità, di buona fede, e di giusta convenienza, per decidere dell'estensione dell'obbligazione, o delle obbligazioni reciproche, che si sommettevano al suo esame. (1).

La prima formola costituisce più spezialmente un *judicium*, e la seconda un *arbitrium*: il primo, secondo le espressioni di Cicerone, *directum, asperum, simplex*; il secondo *mite, moderatum* (2); nel primo il giudice porta il titolo di *judex*; nel secondo di *arbiter*. E per usare di parole più recenti e già in uso al tempo di Gaio, le azioni della prima classe son chiamate azioni di stretto diritto (*stricti juris judicia*); e quelle della seconda, azioni di buona fede (*bonae fidei judicia*).

È cosa degna di osservazione il vedere come queste due classi di azioni si divisero l'antico demanio delle azioni della legge in fatto di obbligazioni. Tutte le azioni che nel sistema formolario furono qualificate *condictiones certi*, vale a dire tutte quelle che formavano un tempo il demanio dell'azione della legge per *condictionem*, ed alcuni casi particolari della *manus injectio*, tutte queste sono eminentemente di stretto diritto (*stricti juris*): esse hanno per iscopo l'adempimento di un'obbligazione civile ed unilaterale di trasferire in proprietà una somma di danaro, o una cosa determinata (*certam pecuniam o rem certam dare*); la loro formola è *certa*. Tutte quelle che eran qualificate *condictiones incerti*, cioè una parte dell'antico demanio della *judicis postulatio* sono eziandio azioni di stretto diritto (*stricti juris*): esse hanno per iscopo l'adempimento di un obbligazione civile ed unilaterale di dare una cosa indeterminata, o di fare qualche cosa (*aliquid incertum dare vel facere*); la loro formola è *incerta*. Ma appunto per questo benchè sieno di stretto diritto servono come di transizione alle azioni di buona fede. In fine tutto il di più del demanio dell'azione della legge *per iudicis postulationem* costituisce le azioni di buona fede (*bonae fidei*): esse hanno per iscopo l'adempimento di obbligazioni civili, ma bilaterali il più delle volte, ed indeterminate, la loro formola è *incerta* con aggiunzione di queste parole *ex fide bona*, o altre equivalenti. Così l'*intentio* in questi tre casi è: *certam pecuniam*, o *aliquid certum dare oportere*, pel primo. *quidquid dare facere oportet*, pel secondo; *quidquid dare facere praestare oportet ex fide bona*, pel terzo; *intentio certa* o *incerta* per le azioni di stretto diritto; ma sempre *incerta* per le azioni di buona fede.

---

(1) Cic. *Top. 17*; *Privata... judicia maximarum quidem rerum in jurisconsultorum mihi videntur esse prudentia. In omnibus igitur iis judiciis, in quibus* ex fide bona *est additum ; ubi vero etiam* ut inter bonos bene agier oportet; *imprimisque in arbitrio rei uxoriae in quo est : quod* aequius melius; *parati esse debent. Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset, ei cujus ea negotia fuissent ; quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset alterum alteri praestare oporteret ; quid virum uxori , quid uxorem viro, tradiderunt.*

(2) Cic. *Pro Rosc. c. 4.*; *Aliud est judicium , aliud arbitrium. Judicium est pecuniae certae ; arbitrium incertae. Ad judicium hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus ; ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum quantum postulavimus consequamur. Ejus rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in judicio ? directum, asperum, simplex* ; SI PARET. *H. S. 700*, DARI OPORTERE. *Hic nisi planum facit H. S. 700 ad libellam sibi deberi causam perdit. Quid est in arbitrio ? mite, moderatum ;* QUANTUM AEQUIUS MELIUS ID DARI. *Ille tamen confitetur plus se petere quam debeatur : sed satis superque habere dicit quod sibi ab arbitrio tribuatur. Itaque causae alter confidit alter diffidit.* Cicerone qui sotto il nome di *judicium* non parla che dell'azione eminentemente di stretto diritto cioè della *condictio certae pecuniae* , e non della *condictio incerti* che per estensione ne fu dedotta.

La regola generale è che le azioni civili sono di stretto diritto; non vi ha eccezione che per quelle le quali successivamente ed a misura del progresso del diritto furono spezialmente attribuite anticamente all'azione della legge *per judicis postulationem* (p. 282), e più tardi sotto il sistema formolario furono allogate tra le azioni di buona fede. Sicchè per indicarle, si procede per enumerazione; ed il loro numero si accresce col tempo. Noi troviamo una di cosiffatte enumerazioni in Cicerone (1) ed ecco quella che ne da Gaio pei suoi tempi: *Sunt autem bonae fidei judicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, commodati*» (2). Noi ne troveremo anco un altra con qualche termine di più nelle instituzioni di Giustiniano.

Da che il giudice nelle azioni di buona fede è incaricato per la formola medesima di giudicar sulla causa *ex fide bona* ne segue che per ciò solo egli dee far entrare nel suo esame tanto per rispetto all'esistenza, quanto per rispetto all'estensione delle obbligazioni tutto ciò che l'equità e la buona fede richiede. Per conseguenza: 1.° Ogni fatto di dolo tanto da parte dell'attore, che del reo debbe da lui esser preso in considerazione, senza che l'attore abbia bisogno di ricorrere ad una stipulazione speciale contro il dolo (*cautio de dolo*), o all'azione pretoria *de dolo malo*, e senza che il convenuto abbia bisogno di far mettere nella formola alcuna eccezione di dolo, ne qualsivoglia altra dedotta da un principio di buona fede. Di tal maniera che in questi casi non ha luogo nè l'azione, nè l'eccezione di dolo: « *Cessat de dolo actio* » dice Ulpiano parlando dell'azione di dolo in presenza d'un azione di buona fede (3). « *Judicium fidei bonae continet in se doli mali exceptionem* dice Giuliano a proposito dell'eccezione; « *bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt* » dice Paolo; « *officio judicis (exceptio doli mali) continetur* » egli dice altrove (4). 2.° Tutto ciò che è di comune usanza nei costumi e nella consuetudine debbe di officio esser supplito dal giudice in queste sorte di azioni: *Ea quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei iudiciis debent venire* » (5). 3.° Se anche il convenuto ha da reclamare dall'attore l'eccezione di qualche obbligazione che dipende dalla medesima causa, il giudice dee tenerne conto e non dee pronunziar la condanna se non fatta la compensazione, senza che sia necessario che questo potere di compensare gli sia dalla formola medesima conferito; perciocchè, dice Gaio si contiene di officio nella sua missione la facoltà di giudicare *ex fide bona* (6). Questo è soprammodo conveniente a quelle sorte di affari o di contratti che dan luogo alle azioni di buona fede, e che contengono quasi tutti degl'impegni reciprochi tra le parti (*ultro citroque*), mentre nell'azione di stretto diritto si tratta sempre d'un'obbligazione unilaterale (7). 4.° In fine i frutti delle cose dovute, o gl'interessi, se si tratta di una

(1) Cic. *De off. III, 15, 17.; Sed quid sint* boni *et quid sit* bene agi *magna quaestio est. Q. quidem Scaevola pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur ex* fide bona; *fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in his magni esse iudicis statuere (praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria) quid quemque cuique praestare oporteret.* Pare che Cicerone qui non ne faccia una enumerazione compiuta, e limitata. Quella di Gaio comprende di più le azioni *negotiorum gestorum, depositi, et commodati.*

(2) *Gai. Com. 4, § 62.*

(3) *D. 4, 3.* De dol. mal. *7, § 3, f. Ulp.; Si* (de dolo) *non est cautum in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto; in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.*

(4) *D. 30.* De leg. *1 84, § 5, f. Julian. — 18, § 5.* De rescind. vend. *3, f. Paul. — Vatic. J. R. Fragm. § 94.* — Nell'eccezione di dolo son comprese tutte quelle che essendo fondate sulla buona fede possono ridursi ad un'eccezione di dolo: tali son quelle di violenza, di patto, etc. Ma le eccezioni tratte da una considerazione diversa dalla buona fede p es. le eccezioni *rei iudicatae, litis residuae, cognitoriae, procuratoriae, quod facere possit* non son comprese di pieno diritto nella formola *bonae fidei*, e per conseguente è mestieri che vi sieno spezialmente inserite, come vedremo più avanti.

(5) *D. 21, 1.* De aedil. edict. *51, § 20, f. Ulp.* — Noi sappiamo di più che i patti inseriti *in continenti* in un contratto di buona fede fanno un tutto con esso, e che se ne domanda l'esecuzione con l'azione medesima del contratto (sop. p. 193).

(6) *Gai. Com. 4 § 63. Judici nullam . . . compensationis rationem habere . . . formulae verbis praecipitur; sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.*

(7) Per tal ragione in queste sorte di contratti e di affari ciascuna delle parti ha un'azione; o da principio, quando le obbligazioni reciproche nascono nel medesimo istante, come nella vendita, locazione, società, o dopo qualche tempo, quando l'obbligazione per una delle parti risulta unicamente da un fatto posteriore, come nel comodato, nel deposito, nel pegno, nel mandato, nella gestione di affari, nella tutela, etc. ond'è venuta la di-

somma di danaro sono in questa sorta di azioni messi a carico del debitore a cominciare dal momento che è stato posto in mora, perchè da questo momento egli è stato in colpa; ed alle azioni di buona fede bisogna applicare intieramente quel che abbiamo detto a questo riguardo qui sopra (pag. 207). « *In bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur* » (1).

Nelle azioni di stretto diritto al contrario il giudice pronunzia unicamente sull'obbligazione unilaterale del convenuto, e secondo gli stretti principii del diritto civile che la riguardano. I fatti di dolo, sì da parte dell'attore, come da parte del convenuto, e gli altri debiti da opporre in compensazione debbono esser l'oggetto di azioni separate e speciali, ovvero non possono esser presi in considerazione se non per via di eccezioni inserite nella formola. Gl'interessi delle somme non sono dovuti se non quando sieno stati stipulati, ed anche allora formano l'oggetto d'una obbligazione a parte. I frutti generalmente, e salvo alcune particolari eccezioni, non si danno che dal momento della *litis contestatio* (2).

Tutto ciò che abbiam detto non comprende le azioni reali: in fatti il sistema formolario sostituito alle azioni della legge distribuì tra i *judicia stricti juris* ed i *judicia bonae fidei* tutto il retaggio delle azioni della legge per *condictionem*, e per *judicis postulationem*, cioè le domande per l'adempimento di obbligazioni. Ma che avvenne egli mai di tutto quel che apparteneva all'azione della legge *sacramenti*, cioè de' reclami di diritti reali, che erano l'unica applicazione del *sacramentum* nei suoi ultimi tempi? La procedura formolaria per questo retaggio che essa anche raccolse, ma più tardi, creò una terza sorta di azione o di formola, l'azione arbitraria (*actio o formula arbitraria*). La filiazione storica delle idee e delle istituzioni viene, secondo il mio avviso, a dar massimo lume e chiarezza a questa tale creazione. Io ho già detto (p. 301 e 303) quanto la procedura formolaria con le sue condanne sempre pecuniarie fosse poco atta a' reclami di proprietà, e di altri diritti reali; e come si pervenne ad estenderla passando dal *sacramentum* alla *procedura per sponsionem*, la quale non era altro che un imitazione di quello, e finalmente da questa alla *formula petitoria*. Or nell'azione della legge *sacramenti*, quegli che otteneva dal magistrato il possesso provvisorio era obbligato di dare al suo avversario dei mallevadori per la restituzione della cosa e de' frutti in caso di perdita della lite *praedes litis et vindiciarium* (p. 282). Del pari nella procedura *per sponsionem* per il possessore convenuto fu obbligato di dar sicurtà per questa medesima restituzione (*stipulatio pro praede litis et vindiciarum* (p. 302). Questa idea espressa della restituzione della cosa e de' frutti da farsi dal convenuto, se l'attore era riconosciuto proprietario, passò fin nella *formula petitoria* in questo senso che il giudice, ogni volta che la proprietà dell'attore fosse giustificata a' suoi occhi, era incaricato di ordinar questa restituzione, e di non pronunziar condanna pecuniaria contro il convenuto che pel caso che questi non restituisse: di tal che se egli restituiva, dovea essere assoluto. In fatti nella procedura per *sponsionem* siccome la *sponsio* non è seriamente fatta, ma soltanto comminatoria e pregiudiziale, la sola conseguenza pel convenuto che perdeva era di esser tenuto egli ed il suo fidejussore per la loro promessa a restituire, e se la restituzione non avea luogo, questa si risolveva in una condanna pecuniaria. Questo effetto fu preso a poco trasferito nella *formula petitoria*, almeno per quanto la semplificazione del procedimento poteva comportarlo; e ciò mediante queste sole frasi: *nisi restituat* messe nella formola, in seguito della *condemnatio*: *condemnato nisi restituat* (3), ovvero in seguito dell'*intentio*: *Si paret fundum Capenatem de quo agitur ex iure Quiritium Servilii esse neque is fundus restituatur*, etc. (4), siccome abbiamo di già spiegato (qui sop. p. 304).

Di tal fatta è la *formula arbitraria*. Essa trae il suo nome dall'ordine precedente (*jussus* o *arbitrium*), che il giudice dà al convenuto di restituire, ó per parlare più generalmente, di soddisfare l'attore, il

---

stinzione tra l'azione *directa* e la *contraria*. Ecco perchè Cicerone dice che nella più parte delle azioni di buona fede si trovano de' *iudicia contraria* (p. prec. nota 1).

(1) *D.22. 1.* De usur. *32*, § 2, *f. Marcian.*; *34*, *f. Ulp.*

(2) D. 12, 1. De reb. credit *31*, *pr. f. Paul.*— La *condictio indebiti* è nel numero delle azioni, nelle quali tutt'i frutti raccolti dal convenuto anche prima della *litis contestatio* debbono esser restituiti. *D.12 6.* De cond. indeb. *65*, § *5*, *f. Paul.*; *15 f. Paul.* Alcune altre azioni di stretto diritto che hanno egualmente un carattere restitutorio, sono nel medesimo caso.

(3) *Gai. Com. 4*, § 47.

(4) Cic. *In Verr. II. 12.*

cui diritto è riconosciuto (1). Il carattere distintivo di cosiffatte azioni consiste in questo anteriore *jussus* o *arbitrium*.

Il giudice regola il suo *arbitrium*, cioè la sua decisione sulla restituzione da farsi, o più generalmente sulla soddisfazione da darsi all' attore secondo l'equità e la buona fede (*ex aequo et bono*) (2), e da ciò senza dubbio è venuto a quest' ordine il nome di *arbitrium*. Se pare conveniente di dare una dilazione per cosiffatta restituzione egli la determina (3).

È possibile che a principio il *iussus* del giudice non fosse stato obbligatorio che in un modo indiretto, cioè solo per tema della condanna. Ma di poi esso potè essere eseguito per forza ed a malgrado del convenuto: *manu militari*, dicono i testi; vale a dire pel ministero degli agenti della forza pubblica di cui il magistrato disponeva. Pare che a' tempi di Cicerone questa pratica fosse già in uso (4). Per tal modo il sistema formolario, benchè le condanne vi fosser tutte pecuniarie, ottenne quest'importante risultamento che chi reclamava una proprietà, o un diritto reale era rimesso nella cosa medesima che era l' oggetto del suo diritto. Questa fu la grande utilità delle azioni arbitrarie; e ciò le rendeva eziandio indispensabili nella procedura per formole.

Non pertanto questo principio dell'esecuzione forzata del *iussus* preliminare non si verifica per tutte le azioni arbitrarie senza eccezione; ma si applica a tutte quelle nelle quali si tratta di una restituzione di cosa corporale (5), e secondo il mio avviso, anche di una esibizione. Ma in taluni casi particolari, in cui la soddisfazione era di un altra natura, era in libertà del convenuto di obbedire al *iussus*, salvo la condanna nella quale incorreva per non avere obbedito (6).

Se il *iussus* non è eseguito, o per la resistenza ovvero per la colpa del convenuto, questi debb'esser condannato. La condanna è conceputa nella formola in una maniera *incerta*: «*Quanti ea res erit*». L'ammontare ne vien fissato dal giudice, qualche volta secondo la sua propria valutazione; ma nella più parte dei casi dopo il giuramento deferito allo stesso attore intorno all' indennità che gli potesse esser dovuta (7); e questa è una punizione della resistenza del convenuto. Se l' esecuzione del *iussus* ha avuto luogo soltanto per la cosa principale, per es. se la cosa è stata restituita, solo i frutti e gli altri accessori debbono formar l'oggetto della condanna (8). Finalmente se il *iussus* o di buon grado o per forza sia interamente eseguito per modo che l'attore sia stato pienamente soddisfatto, il convenuto dovrà essere assoluto. Con questo il giudice dà compimento alla sua missione.

La formola arbitraria, secondo che ora abbiam veduto sì per la sua origine e sì pe'suoi risultamenti forma un genere a parte destinato spezialmente alle azioni

---

(1) *Gai Com. 4, § 163.. « Is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitrium; nam iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat id sine poena exhibet vel restituit, et ita absolvitur; quod si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.*

(2) Qui appresso § *31*, *in fine*. Ma solo questa parte dell'azione il giudice ha il potere di decidere *ex aequo* et bono; giacchè per tutto il resto l'azione arbitraria non è un'azione di buona fede; il giudice non vi può decidere *ex aequo et bono* sull'esistenza del diritto, e la pruova ne è secondo che ha bene osservato il mio collega sig. Ducarroy, che l'eccezione *doli mali* non vi è sottintesa, giacchè frequentemente si trova opposta alla *rei vindicatio (T. 1, p. 386* §§ *30, e seg. e D. 10, 4.* Ad exhib. *3*, § *13*, *f. Ulp.*

(3) Qui appresso *tit. 17*, § *3*.

(4) Non necesse erit L. *Octavio judici* cogere *P. Servilium Q. Catulo restituere aut condemnare eum*, dice Cicerone dopo aver riportata la formola arbitraria dell'azione petitoria nel passo citato alla p. prec. nota. 4—*D. 6, 1.* De rei vind. 9, *f. Ulp.; Qui restituere jussus judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat, rem*, manu militari, *officio judicis ab eo possessio transfertur, et fructuum dumtaxat, omnisque causae nomine condemnatio fit.*

(5) Ved. la not. prec.

(6) Tal è il caso dell'azione arbitraria *de eo quod certo loco*, di che più avanti avremo a parlare.

(7) *D. 12, 3.* De in lit. jurando. *5, f. Marcian.: « In actionibus in rem et in ad exhibendum, et in bonae fidei judiciis in litem juratur* § *1. Sed judex potest praefinire caertam summam usque ad quam juretur; licuit enim et a primo non deferre* § *2. Item etsi juratum fuerit, licet judici vel absolvere, vel minoris condemnare. — D. 6, 1.* De rei vind. *68, f. Ulp.: Qui restituere jussus judici non paret... si quidem dolo fecit quominus possit (restituere), is quantum adversarius sine ulla taxatione in infinitum juraverit damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit quominus possit : non pluris quam* (quanti) *res est*, id *est quanti adversarii interfuit condemnandus est. Haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet. — D. 10, 4.* Ad exhib. *3*, § *2, f. Ulp.; Praeterea in hac actione notandum est quod reus contumax per in litem jusjurandum petitoris damnari possit ei, judice quantitat em taxante.*

(8) Noto 4 di questa pag. in fine.

in rem: mentre la formola *stricti iuris*, e quella *bonae fidei* costituiscono due altri generi particolarmente proprii alle azioni *in personam*. Nondimeno alle azioni reali che son tutte arbitrarie (1) son venute per eccezione ad aggiungersi nella medesima qualità due azioni civili *in personam*, nelle quali vi è eziandio una restituzione o una esibizione a fare, la qual cosa è eminentemente suscettiva dell'applicazione d'un *arbitrium* preliminare, e d'altra parte presenta eziandio un certo rapporto col diritto di proprietà. Queste sono: l'azione *ad exhibendum*, preliminare per giungere alla *rei vindicatio* (2); e l'azione *finium regundorum* nella quale il giudice può dare alle parti un *iussus* o ordine preliminare di fare le necessarie restituzioni, di abbattere degli alberi, o della costruzioni, per lo ristabilimento de confini (3). Da ultimo bisogna aggiugnervi l'azione *de eo quod certo loco*, la cui formola, benchè introdotta utilmente dal pretore, aveva un'*intentio* civile (*in ius concepta*) ma leggiermente modificata per guisa da formarne un azione arbitraria d'una natura tutta particolare, sulla quale avremo a ritornare (4).

In somma ecco quel'è stata tra le azioni formolarie la ripartizione de'casi regolati altra volta dalle azioni della legge:

1.° Alle *condictiones certi*, azioni eminentemente di stretto diritto, tutt' i casi dell'antica *condictio* ed alcuni casi speciali della *manus injectio*.

2.° Alle *condictiones incerti* azioni di stretto diritto, ma con una formola *incerta* che servì come di passaggio alle azioni di buona fede una parte de' casi della *iudicis postulatio*.

3.° Alle azioni *bonae fidei* tutto il di più de' casi di quest' ultima azione della legge, segnatamente quelli in cui han luogo obbligazioni reciproche (*ultro citroque*);

4.° In fine alle azioni arbitrarie tutte le petizioni di diritti reali, vale a dire i casi dell' azioni della legge *per sacramentum* nel suo ultimo stato di applicazione; ed inoltre, a cagione del loro carattere restitutorio, o esibitorio, le due azioni personali *ad exhibendum*, e *finium regundorum*, le quali anticamente appartenevano alla *iudicis postulatio*.

In tal modo vedesi per così dire materialmente il legame delle istituzioni successive, la loro trasformazione, e la generazione di una dall'altra.

Tutto quel che abbiam detto è esclusivamente proprio alle azioni civili con una formola *in ius concepta*, cioè proponente una quistione di diritto civile. Ma che si dovrà decidere delle azioni pretorie *in factum*, cioè proponenti soltanto una quistione di fatto nella loro *intentio*? In quale delle tre classi precedenti furono esse allogate da pretori? Le azioni *in factum* non possono essere *stricti iuris*; perciocchè siccome non propongono una quistione di diritto civile, non si può dire che il giudice vi sia ristretto ne' principii rigorosi di questo diritto (5). Per la medesima ragione non è necessario di aggiungervi *ex fide bona* per autorizzare il giudice ad uscire da siffatti principii, essendochè egli non vi è punto ristretto. In questo senso è vero il dire che le azioni *in factum* non sono nè *stricti iuris* nè *bonae fidei* e che sono perfettamente estranee a cosiffatta divisione. Ma parecchie tra esse sono arbitrarie, perciocchè l'ordine preliminare di restituire, o di soddisfare l'attore vi può essere tanto utile, quanto nelle azioni di diritto civile. Così tutte le azioni pretorie *rem* sono arbitrarie: non solo quelle che son concepute *in ius* col soccorso d'una finizione, ma quelle eziandio che son concepute semplicemente *in factum*. Fra le azioni personali *in factum* sono anche arbitrarie le azioni *quod metus causa* e *de dolo malo*, perchè quantunque personali tendono egualmente a procurare una restituzione (6).

Finalmente gl'interdetti esibitorii e restitutorii, quando non fu più in uso la procedura *per sponsionem* davano egualmente luogo ad una formola arbitraria (7). Di tal maniera che se si ricerchi il carattere generale che determina l' impiego di tal formola, e che per conseguente rende arbitrarie le azioni, si vedrà, salvo l'azio-

---

(1) Qui appresso tit. 17, § 2.

(2) Qui appresso § 31.

(3) *D. 10, 1.* Finium reg. arg. 2, § 1, *f. Ulp.*; *4*, § 3, *fr. Paul.*; *8* § 1, *f. Ulp.*

(4) *D. 13, 4.* De eo quod cert. loc. 2, *pr.f. Ulp.*; *5, f. Gai.*; *5, 7, e 10 f. Paul.* — Qui appresso § *31*. — Noi troviamo eziandio in Gaio (*Com.4*, § *47*) una formola, nella quale l'azione di deposito, la quale per sua natura è un'azione di buona fede, è redatta in maniera da divenire nel tempo medesimo azione arbitraria, e lo stesso è pure per l'azione di comodato.

(5) *Gai. Com. 4*, §§ *43, e 46*. — Qui sop. p. 293 e seg.

(6) *D. 4, 2.* Quod met. caus. *14*, § *4*, *f.Ulp.* — *4, 3.* De dol. mal. *18*, *Paul.*

(7) *Gai. Com. 4*, §§ *141, 163, e 165.*

ne *de eo quod certo loco*, la quale sta da parte, che vi è sempre questa circostanza, che contengono o una restituzione, o una esibizione da fare.

Ma se le azioni *in factum* non erano nè *stricti iuris*, nè *bonae fidei*, qual era dunque la loro natura quando non erano arbitrarie? Io mi penso che l'estensione dei poteri del giudice dipendeva interamente dalla natura del fatto posto in quistione, e dalla *condemnatio* indicata come conseguenza di tal fatto.

E nel vero: 1.° i fatti son più o meno complessi. Talvolta la quistione che li riguarda porta per se stessa la necessità di una valutazione o morale, o anche giuridica; di tal fatta son le seguenti quistioni: « *Si deposuit* » nell'azione di deposito redatta in *factum* (1) « *Si constituit* » nell'azione di constituto (2), quella *de dolo malo* proposta in generale, e tante altre ancora (3). Talvolta per contrario la quistione non richiede altro che la verificazione materiale, per così dire, di un atto particolarmente descritto e precisato: come quando il pretore in luogo di dar generalmente l'azione di dolo, definisce il fatto speciale ch' egli dà a verificare, similmente in questo esempio che Gaio ci arreca: « *Si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse* » (4); ed in tutti gli altri della medesima natura. Per questo rispetto adunque non si può dir nulla di assoluto intorno alle azioni redatte *in factum*. Il giudice vi deve avere tutta quella latitudine di estimazione che la natura del fatto posto in quistione può comportare; ma non ne può avere di più. Quii principi rigorosi del diritto civile non han nulla che fare: il fatto tal quale è espresso, e caratterizzato nella formola e pel diritto pretorio, è quello che circoscrive il giudice in una missione più o meno ampia, più o meno ristretta.

2.° La *condemnatio* indicata dalla formola *in factum* come conseguenza del fatto verificato può anch'essa dare al giudice più o meno di latitudine. Così incontrasi talvolta una *condemnatio certae pecuniae*, talvolta questa; *quanti ea res erit*, o *quanti damnum datum, factumve sit*, e talvolta quest'altra: *quantum bonum aequum iudici videbitur* (5). Egli è evidente che allorchè la *condemnatio* è di somma certa, il giudice, verificato che abbia il fatto con tutta quella latitudine di valutazione che la sua natura comporta, è legato per l'ammontare della condanna, egli non ha che due partiti a prendere, o assolvere, o condannar nella somma indicata. Al contrario negli altri casi l'ammontare della *condemnatio* è rimessa al suo arbitrio, sia che debba aver riguardo al danno cagionato, sia che debba unicamente attenersi a ciò che gli parrà giusto.

Ma tutto ciò non significa che le azioni redatte *in factum* sieno *stricti iuris*, o *bonae fidei*. Questa è un'idea che non si può adattar compiutamente alla loro natura. Per coloro che le considerano come azioni eminentemente di buona fede, il problema a risolvere starebbe nel dimostrare ch'esse ne producono sempre tutti gli effetti: e segnatamente che le eccezioni di dolo vi sieno sottintese, del pari che quelle di compensazione. Or questo è quel che noi non ammettiamo. Il dolo vi è di uffi-

(1) *Gai. Com. 4*, § *47*.

(2) *D. 15, 5*. De pec. const. *17, f. Paul. e 18*, § *1, f. Ulp.*

(3) Come l'azione *de sep. viol.* violazione che non è condannabile, se non in quanto è stata fatta *dolo malo. D. 47, 12*. De sep. viol. *5*, § *1, f. Ulp.* — Similmente l'azione *funeraria* sulla quale i principii pretorii erano tutti di equità, e dove il giudice dovea esaminare se colui che avea fatto le spese funebri vi era personalmente obbligato, o no; se le avea fatte per affezione, e per ufficio di pietà, o solamente come anticipazione; se era tenuto per la spesa ne' limiti convenienti, etc. *D. 11, 7*. De religios. *14*, § *6, f. Ulp.; Haec actio quae*, funeraria *dicitur ex* bono *et* aequo *oritur. Æquum autem accipitur ex dignitate ejus qui funeratus est, ex causa, ex tempore, et ex bona fide...etc.* — Ivi § *13. Non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi; cum hoc ei et actionis natura indulget*. Il che vuol dire che il giudice esaminerà il fatto attenendosi all'equità anche più che non fa nell'azione *negotiorum gestorum*, di tal che egli potrà ordinare il rimborso delle spese funebri anche se sieno state fatte non ostante l'opposizione degli eredi.

(4) *Gai. Com. 4*, § *46*.

(5) Noi abbiamo un'esempio di queste tre sorte di condanne per un'azione *in factum* nelle disposizioni penali dell'editto *de his qui effuderint vel dejecerint*; *D. 9, 3, 1, pr.* §§ *5, e 6, f. Ulp.* — Similmente *D. 21, 1*. De aedil. edict. *42, f. Ulp.* — *E. D. 47, 12*. De sepulc. viol. *3, f. Ulp.* La *condemnatio* è anche *certae pecuniae* nell'esempio arrecato da *Gai. Com. 4*, § *46.*; SEXTERTIUM X MILLIA CONDEMNATO » nell'azione *judicati* che sotto il sistema formolario è un'azione *in factum*, nell'azione *de constituta pec.* etc. Essa è *incertae pecuniae* da estimarsi ex *aequo et bono* nell'azione *funeraria* citata nella nota precedente; in quella data contro il giudice che *litem suam fecit. D. 50, 13*. De extraordin. judic. *6. f. Gai. In factum actionem et in quantum de ea re aequum religioni judicantis visum fuerit.*

cio preso in considerazione dal giudice ogni volta che il carattere costitutivo del fatto, o l'interpetrazione de'principii pretorii rispetto a questo fatto il comporti; ma da questi casi in fuori è necessario ricorrere alle eccezioni: e questo noi troviamo positivamente ne'testi(1). In quanto agl'interessi, o ai frutti delle somme, o delle cose dovute, se la condanna è *quanti ea res erit* o soprattutto *quanti bonum aequum iudex videbitur*, il giudice dee fuor di dubbio prenderli in considerazione dal giorno della domanda; ma se è *certae pecuniae*, è evidente ch'egli non ha questa facoltà. In somma per questo riguardo non vi è nulla di assoluto a dire delle azioni *in factum*; esse variano col variare de'fatti; e noi stiamo fermi alla nostra conchiusione: i poteri del giudice vi sono più o meno estesi secondo la natura del fatto e della *condemnatio* posta nella formola.

Nelle azioni arbitrarie il convenuto non dovea esser condannato, se non nel caso che non restituisse, o più generalmente non soddisfacesse all'attore. Se dunque conformandosi all'ordine preliminare del giudice egli soddisfaceva l'attore, dovea essere assoluto. Il medesimo dovea essere nelle azioni di buona fede se il convenuto prima della sentenza adempiva volontariamente, perciocchè il giudice non dovea condannare se non quando riconosceva *dare, facere, praestare oportere ex fide bona*: or dal momento che l'attore era stato soddisfatto, nulla più era dovuto in buona fede. Ma nelle azioni di stretto diritto non era così: rilasciata che si era una volta la formola, ed ordinata l'istanza, il convenuto dovea esser condannato se l'*intentio* era verificata (*condemnari oportet*): in seguito della novazione che operavasi non si trattava più per lui della sua prima obbligazione, ma della nuova obbligazione di esser condannato: egli tuttochè avesse volontariamente soddisfatto l'attore, non per questo non dovea esser condannato (*quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit ut damnari debeat*). Tanto era il rigore de'principii, ed i Proculiani si attenevano a questo rigore, ma i Sabiniani al contrario professavano che fosse giusto discostarsene ed assolvere in tutt'i casi il convenuto che avesse volontariamente adempito. Il che essi esprimevano dicendo che tutte le azioni erano assolutorie; «*omnia iudicia esse absolutoria*» (2). Noi vedremo che Giustiniano adottò e sanzionò legislativamente le loro opinioni (3).

Azioni legittime (*legitima iudicia*), o contenute nel potere del magistrato (*imperio continentia*).

Qui siam giunti ad una distinzione delle azioni che ha eminentemente l'impronta del privilegio della città romana, e che è propria al sistema formolario. La procedura delle azioni della legge era esclusivamente quiritaria; i peregrini non vi potevano essere ammessi: la linea di divisione tra il cittadino e lo straniero era ben tracciata. Ma svolgendosi il sistema formolario venne a cominciare una fusione di procedura, ed a portar tra loro la comunicazione di molte cose. Da una parte i cittadini usavano delle formole, ed anche delle formole redatte *in factum*, usavano de'ricuperatori, istituzioni che tutte originariamente eran destinate pe' peregrini. Dall'altra parte i peregrini usavano delle azioni *in ius* col soccorso di finzioni; usavano dell'*unus iudex* riserbato anticamente alle liti de' cittadini tra loro; non pertanto in questa confusione rimase una traccia dell'antica separazione. Quando l'istanza formolaria era stata promossa con la riunione di tre circostanze: a Roma o nel raggio di un miglio intorno Roma, innanzi l'*unus iudex* cittadino romano, e tra litiganti egualmente cittadini, essa quasi per assimilazione alle antiche azioni della legge veniva qualificata come (*legitimum iudicium*). Ma per contrario quando mancava qualcuna di queste tre condizioni, dicevasi che l'istanza era contenuta nel potere, nell'*imperium* del magistrato, ed era chiamata *iudicium imperio continens*. Sicchè tutte le istanze nelle province, o innanzi a'ricuperatori, anche tra' cittadini erano *iudicia imperio continentia*, ed il medesimo è a dirsi di quelle nelle quali o il giudice, o uno de' litiganti era peregrino (4).

Questa distinzione non dipende dalla

(1) *D.13,5.De pec. const. 17,f.Ulp.Sed et si alia die offerat, nec actor accipere voluit nec ulla causa iusta fuit non accipiendi, aequum est succurri reo aut* exceptione, *aut* justa interpetratione. *Ivi 31, f. Scaev.: Quaesitum est.., an de constituta pecunia conveniri possit. et an* doli exceptione uti *possit?*

(2) *Gai.Com. 4, § 114; Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant; nec interesse cujus generis fuerit iudicium. Et hoc est quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere omnia iudicia esse absolutoria.*

(3) Qui appresso tit. 12, § 2.

(4) *Gai. Com. 4, §§ 105, e seg.*

natura del diritto reclamato, nè dall'origine dell'azione: poco importa che quest' diritto, e quest' azione derivi dalla legge o dall' editto, dal diritto civile o dal pretorio (1). Essa è una distinzione essenzialmente di territorio e di città fondata su questa triplice ed antica base: Roma ed il suo raggio di un miglio l'*unus iudex*, la qualità di cittadino in tutti.

I *legitima iudicia* benchè costituissero istanze formolarie, erano stati come per una memoria assomigliati per certi riguardi alle antiche azioni della legge, dalle quali avean raccolto alcuni principii. Così in quanto alla durata il *legitimum iudicium* del pari che l'azione della legge nella sua origine non avea limiti. Una volta che le istanze eran organizzate, e dato il giudice alle parti, duravano fino a che il giudice avesse resa la sentenza, qualunque tempo fosse trascorso in quel mezzo. Ma la legge *Julia iudiciaria* stabilì il termine di diciotto mesi per esser giudicata, passato il quale esse si perimevano (2). Al contrario il *iudicium imperio continens* non avea altra durata che quella del potere del magistrato dal quale emanava: « *Tamdiu valent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit* » e da ciò traeva il suo nome (3). Di tal che quando il magistrato veniva a morte, o lasciava le sue funzioni per qualsivoglia cagione, tutte le istanze di tal natura ch'egli avea organizzate svanivano nel tempo medesimo, e le parti aveano a ricominciar tutto da capo. Questo avveniva nelle provincie ad ogni cambiamento di governatore, per tutte le istanze organizzate da lui (4). Quanto agli effetti, i *legitima iudicia* furono i soli che conservarono quel principio delle azioni della legge che l'azione esercitata che sia una volta è di pieno diritto esaurita, e che l'attore non può nuovamente muover giudizio pel medesimo oggetto; pure non conservarono questo effetto in tutti i casi, ma solamente in alcuni (p.271). Al contrario i *iudicia imperio continentia* non estinguevano mai il diritto che aveano per iscopo di reclamare, e per conseguente non toglievano all' attore la facoltà d' intentar un nuovo giudizio pel medesimo oggetto, salvo il soccorso delle eccezioni (5). Questa differenza dipende da principii che più tardi avremo occazione di spiegare; ma si può di leggieri vedere quanto essa era indispensabile riguardo ai *iudicia imperio continentia*, i quali per un semplice accidente, come la morte del magistrato, o la cessazione delle sue funzioni per qualsivoglia cagione, poteano svanire inaspettatamente, senza alcuna colpa delle parti. Noi troviamo eziandio i *legitima iudicia* messi da Ulpiano nella medesima linea che le azioni della legge in alcuni punti (6), e probabilmente così era in parecchi particolari che ci son rimasti ignoti.

Tali sono tra le divisioni delle azioni quelle che offrono più d' importanza a studiare nel sistema della procedura formolaria. Ve ne ha anche talune che noi lasciamo da banda perchè non sono così strettamente legate alle particolarità di questo sistema e d'altra parte si presenteranno in una forma sufficientemente chiara nelle Instituzioni di Giustiniano.

Interdetti (*interdicta*).

Il potere del pretore di comandare, di emettere degli ordini, o delle proibizioni destinate a servir di regola a certi casi, o, per dire in termini proprii, di fare degli editti che creavano una specie particolare di diritto, un diritto pretorio, si è manifestato in due distinte maniere: o in una maniera generale per la pubblicazione di cosiffatti ordini in forma di regolamento generale pubblicato preventivamente e per tutti, o in una maniera particolare per l'emissione di un precetto, o divieto in un dato affare particolare, e soltanto tra le parti interessate. È anche probabile che il potere pretorio abbia a principio cominciato ad esercitarsi per questo più ristretto intervento, per questi ordini o regolamenti particolari, e che in prosieguo siasi esteso a regolamenti generali. Nel primo caso il regolamento del pretore chiamasi editto (*edictum*); nel secondo interdetto (*interdictum*) quasi (*inter duos edictum*). L'uno

(1) *Ivi* § *109*.

(2) *Gai. Com. 4*, § *104*. *Legitima judicia...lege* Julia *judiciaria nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur a lege* Julia *litem anno et sex mensibus mori*.

(3) *Ivi* § *105*.

(4) E però i litiganti si affrettavano al principio di ciascun anno di magistratura, e prendevano grado per ottenere alla lor volta le formole di azioni: *Quia in ordinem dicebantur causae propter multitudinem vel tumultum festinantium, cum erat annus litium* (Servio *Ad Æneid. II, vers 102*. — Sidon. Apollin. *IV, 6, in fine*).

(5) *G. Com. 4*, §§ *106, 107, e 108*.

(6) *Ulp. Reg. II*, De tutel. § 24 e 27.

e l'altro creano e costituiscono un diritto pretorio: l'editto, un diritto generale e per tutti, l'interdetto, un diritto speciale, soltanto per la causa nella quale è stato pronunziato.

L'uso degl'interdetti ha preso origine in quelle materie che non eran regolate da leggi generali, e che non pertanto per la loro natura richiedevano immediatamente, e più direttamente la vigilanza, l'intervento dell'autorità, l'esercizio dell'*imperium* affidato al magistrato. Tali sono principalmente le materie di diritto pubblico, divino, o religioso, come la protezione dei tempii, de'sepolcri, o dell'uso comune de' fiumi o delle vie pubbliche. Vengono dipoi alcune materie di diritto privato, tra le quali principalmente le contese sul possesso che presentano un misto di fatto e di diritto, che la legge civile non avea regolate, e che nondimeno per le querele, per le vie di fatto di cui erano l'occasione richiedevano imperiosamente l'intervento del magistrato.

Introdotto una volta l'uso degl'interdetti o editti particolari renduti in ciascuna causa tra le parti, si è conservato anche dopo che le prime lagune furon riempiute, o almeno avrebbero potuto agevolmente esser riempiute pel progresso del diritto civile e del diritto pretorio generale. In fatti a misura che la pubblicazione fatta da ciascun pretore d'un editto generale ed annuale divenne cosa regolare e costante, e che la formazione di tal editto ricevè tutto il suo svolgimento, si produsse questo notamento fatto: che l'editto generale specificò, e precisò anticipatamente i casi, ne'quali il pretore avrebbe dato un interdetto; ma che non pertanto si mantenne sempre l'uso di venire in ciascuna causa di tal natura, a domandare e ricevere dal magistrato il promesso interdetto; il che fu senza dubbio ritenuto come mezzo di continuare a far intervenire ciascuna volta l'autorità del pretore in quelle sorte di affari che più spezialmente la reclamavano.

Adunque in tali casi colui che ha bisogno di ricorrere a questo genere di procedura chiama il suo avversario *in ius*, e domanda l'interdetto, al quale pretende aver diritto. Il pretore dopo aver esaminato non già se i fatti pretesi sono veri o falsi, ma se nell'ipotesi di questi fatti vi sia luogo all'interdetto, o no, lo dà, o lo nega: se egli lo dà, rilascia alle parti la formola di comando o di divieto, che formerà la legge della causa. Con questo l'affare non è terminato; ma se le parti persistono nel loro disaccordo, bisogna ricorrere ad una procedura giudiziaria, e per conseguente all'impartizione di un azione con rinvio innanzi al giudice incaricato di verificare i fatti, e di sentenziare. L'interdetto è come la legge particolare della causa, che servir dee di base a quest azione. L'attore il quale ha ottenuto l'interdetto può anche subito dopo e prima di allontanarsi dalla presenza del pretore, domandare l'azione che ne deve seguitare, ovvero può attendere, e domandarla di poi. La procedura dell'istanza giudiziaria ha luogo secondo i casi, talvolta *per formulam arbitrariam* innanzi un arbitro; talvolta *per sponsionem* innanzi un giudice, o de'ricuperatori (1).

Queste nozioni generali sulla natura degl'interdetti ci basteranno per ora, giacchè più avanti questa materia si tratterà partitamente in tutt'i suoi particolari.

Procedura straordinaria (*extraordinariae cognitiones*). **Restituzioni in intero** (*in integrum restitutiones*). **Immissioni in possesso** (*missiones in possessionem*).

Quando il magistrato senza osservar le regole della procedura legale pronunziava egli medesimo sopra un affare e lo decideva per sua propria autorità o in materia civile, o in materia criminale, davasi a questo procedimento il nome di *extraordinaria cognitio*, *extra ordinem cognoscere*.

Questa forma più semplice e meno saviamente ordinata di giudicare una contestazione, ha il principio fin nel regime delle azioni della legge, e noi la troviamo anche legalmente organizzata in una di quelle azioni, nella *manus injectio* (p. 288 Ma essa si svolse soprattutto e prese il suo nome speciale sotto il sistema formolario. In questi casi non si dava nè il giudice nè la formola, e per conseguenza non v'era luogo a quelle differenze che dipendevano dalla redazione formolaria delle azioni (2): il magistrato prendeva cognizione, ed egli medesimo diffiniva la lite (*ipse cognoscebat*).

(1) Ved. su tutta questa materia *Gai. Com. 4*, §§ *138, e seg.* e qui appresso alla fine del tit. *15*.

(2) *D. 5, 3.* De nec gest. *47*, § *1*, *f. Paul. Nec refert directa quis, an utili actione agat vel conveniatur; quia in extraordinariis judiciis, ubi* conceptio formularum non observatur *haec subtilitas supervacua est.*

I casi di *cognitiones extraordinariae* divennero sempre numerosi e svariati, fino a tal punto, dice Callistrato, ch'egli è malagevole a dividerli per generi altrimenti che in un modo sommario e generale; e nella divisione che ei ne fa vi comprende delle materie amministrative, civili, e criminali (1).

Noi attenendoci alle materie civili possiamo distinguere quattro differenti ipotesi nelle quali il magistrato interviene da se solo, ed egli medesimo diffinisce l' affare.

1.° I casi in cui la *iurisdictio*, vale a dire la dichiarazione del diritto basta senza che sia necessario di ricorrere ad un *iudicium*: come quando si tratta di atti di volontaria giurisdizione. p. e. in tutte le diverse applicazioni dell'*in iure cessio;* ovvero allorchè i fatti son confessati in presenza di lui, e non rimane altro che dichiarare il diritto; o anche quando egli decide che non vi è luogo a dare nè l' azione nè l' interdetto.

2.° I casi la cui cognizione straordinaria gli è formalmente attribuita da speciali disposizioni legislative. Noi ne abbiamo un lucidissimo esempio ne' fedecommessi (v. I. p. 459); similmente, secondo che dice Tacito, nelle precedure contro i pubblicani (2), e in molte altre ancora.

3.° I casi in cui egli prende questo mezzo per sopperire alle lagune del diritto civile, o per ovviare al rigore de' suoi principi. Segnatamente quelli ne' quali non vi può esser vera lite sia a cagione delle persone p. e. se si tratta di doglianze di uno schiavo contro il suo padrone, o d'un figliuolo contro il suo capo di famiglia (3), sia a cagione della materia che non dà luogo ad alcuna azione nè civile nè pretoria p. e. se si tratta di domande di alimenti tra ascendenti, discendenti, padroni e liberti (4), o di domande di onorarii o di salarii di professori e di arti liberali, d' avvocati, di nutrici, etc. (5).

4.° Da ultimo i casi ne' quali si tratta dell'esercizio del suo *imperium*, di ordini da dare, e da far eseguire, se è duopo, con la forza pubblica sia indipendentemente da ogni istanza avanti *un iudex*, sia prima, o nel corso d' una cosiffatta istanza, sia dopo, per procurare l'esecuzione forzata della sentenza del giudice, parte in questa categoria, e parte in quella che precede si allogano le diverse stipulazioni pretorie, delle quali noi abbiamo di già trattato (p. 101 e 104), le restituzioni in intero (*in integrum restitutiones*), e le differenti immissioni in possesso (*missiones in possessionem*), le quali richieggono qualche spiegazione particolare.

Allorchè secondo il rigore del diritto civile in seguito di un contratto, d'un atto giudiziario, o di qualunque altro fatto compiuto una persona avea perduto qual che si fosse diritto, p. e. un diritto di proprietà, o di credito, d'azione, d'eccezione, o di qualunque altra natura, ovvero allorchè trovavasi obbligata e legata verso un altra, le restava ancora in certi casi un ricorso straordinario; ella poteva ottenere dal pretore per talune considerazioni di equità di esser rimesso, come se nulla fosse avvenuto, ne' diritti perduti, o più generalmente nella posizione ch'ella avea da prima. Questo è ciò che dicesi *restitutio in integrum*, o, come dice Paolo; *rei vel causae redintegratio* (6).

La restituzione in somma consisteva in considerare come non avvenuti gli atti che aveano avuto luogo, e gli effetti che aveano prodotti. Il pretore la pronunziava di sua propria autorità *extra ordinem*, e dopo aver preso cognizione delle cagioni che potevano giustificarla (*causa cognita*) (7). Ma egli non dava questo benefizio se non quando non vi era alcun'altra via più semplice (8) e quando vi erano delle

(1) *D. 50, 13.* De extraord. cognit. 5, *pr. f. Callist.; Cognitionum numerus cum ex variis causis descendat in genera dividi facile non potest, nisi summatim dividatur. Numerus ergo cognitionum in quatuor fere genera dividi potest; aut enim de honoribus, sive muneribus gerendis; aut* de re pecuniaria *disceptatur, aut* de existimatione *alicujus cognoscitur, aut de* capitali crimine *quaeritur.*

(2) Tacit. *Ann. XII. 51.; «Edixit princeps ut.. Romae praetor, per provincias qui pro praetore aut consule essent iura adversus publicanos extra ordinem redderent.*

(3) Noi ne abbiamo un esempio V. I p. 115 allorchè il magistrato costringe il padrone a vendere lo schiavo che ha maltrattato.

(4) *D. 25, 3.* De agnosc. et alend. lib. vel parent. vel patron. vel libert. 5. *f. Ulp.*

(5) *D. 50, 13.* De extraord. cognit. *1, f. Ulp.*

(6) *Paul. sent. 1, 7.* — De integri restitutione *D. 4, 1.*—De in integr. rest. ed i titoli seg.—*C. 2, 53.* De temporibus in int. rest.

(7) *D. 4, 1.* De in integr. restit. *5. f. Mod.; Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur; scilicet ut iustitiam earum causarum examinet an verae sint, quarum nomine singulis subvenit — Paul. Sent. 1, 7, § 3.; Integri restitutio... causa cognita decernitur.*

(8) *D. 4, 4.* De minor. *16, pr. f. Ulp. In causa cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. Nam si communi auxilio, et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium au-*

ragioni di equità ed una lesione sufficiente per giustificare siffatto espediente (1).

Per le cause di restituzione è a fare una distinzione tra i maggiori, o minori di 25 anni. Pei minori di 25 anni benchè gli atti ch'essi fanno, anche senza l'assistenza d'alcun curatore sieno validi secondo il diritto civile, la sola minorità può essere una cagione di restituzione se sieno stati lesi (2). Pei maggiori di 25 anni le cause di restituzioni sono specificatamente: la violenza, il dolo, il cambiamento di stato, l'errore legittimo, e l'assenza necessaria (3), al che anche più generalmente il pretore aggiunge: « *Si qua alia mihi justa causa esse videbitur* » (4).

Noi sappiamo da Gaio che tra le altre perdite di diritti, e tra i pregiudizii, contro i quali alcuno poteva farsi restituire, figurava la perdita di un' eccezione che avesse trascurato di far valere, il rilascio d'una formola ingiusta (5); ed anche, secondo talune costituzioni imperiali, la cosa giudicata (6).

Non si vuol confondere con la *restitutio in integrum* propriamente detta, pronunziata dal pretore medesimo *extra ordinem*, un mezzo ch' egli talvolta adoperava per ottenere un risultamente analogo: cioè il rilascio di un' azione p. e. le azioni *quod metus causa*, o *de dolo malo*, o diverse azioni rescissorie per far mediante un' istanza innanzi al giudice riparare il danno patito, o ristabilire i diritti perduti, ovvero la concessione di un'eccezione, come le eccezioni di timore o di dolo per far rigettare la domanda ingiusta. Quantunque questi mezzi concorrano al medesimo scopo che la vera *restitutio in integrum*, e derivino spesse dalle medesime cagioni, esse non pertanto hanno delle notabili differenze (7).

Il potere del magistrato di dare degli ordini di esecuzione (*imperium*), e di disporre della forza pubblica per metterli ad effetto era anche più spiccato nelle immissioni in possesso (*in possessionem missiones*) ch'egli poteva dare. Questo era un mezzo mediante il quale il pretore perveniva o a dare ad una persona una sicurtà per la conservazione de'diritti eventuali degni di esser protetti in fino a che non si effettuano (*rei servandae causa*); o, in certi casi, a punire o a tor via la resistenza opposta a' suoi decreti o al corso della giustizia (*contumaciae coercendae causa*). Questo mezzo consisteva nel mettere la parte interessata in pessesso de'beni che erano l'oggetto del diritto eventuale o della resistenza, o che potevano servir di garentia.

La *missio in possessionem* il più delle volte avea luogo per una universalità di beni; ma talvolta pure per cose particolari *in singulas res*. Le cagioni di siffatte immissioni erano varie. Noi ne troviamo alcune che han per iscopo di garentire il diritto di credito, di eredità, di legato, o di fedecommesso. *Diritto di credito* p. es. allorchè i creditori son messi in possesso de'beni ereditarii del loro debitore la cui successione è vacante, o da lungo tempo incerta (8); o in possesso de' beni del debitore che per frode si tien nascosto (*qui latitat*), e che non è difeso da alcuno; o di colui che dopo aver dato de'fidejussori per rispondere ch'egli si presenterà in giustizia, non vi si presenta, e non è difeso da alcuno (9) In questi due ultimi casi l'immissione in possesso è un mezzo che dà nel tempo medesimo garentia a'creditori, e fa cessare la contumacia del debitore, giacchè la condanna per contumacia non si conosceva nel sistema formolario. *Diritti di eredità* p. e. nell'immisione in possesso de'beni ereditarii, la quale

---

xilinm. Confr. D. 4, 1, 7, § 1. f. Marcel.

(1) *D. 4. 1.* De in integr. restit 4, *f. Callistr.*; *Scio illud a quibusdam observatum ne propter satis minimam rem vel summam, si majori rei vel summae praejudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui postulat.*

(2) *D. 44.* De min. vig. quinque annis.

(3) *D. 4, 6.* Ex quibus causis majores in int. restit. — *Paul. Sent. 1, 7, § 2*; *Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis quae propter metum, dolum, et status permutationem, et justum errorem, et absentiam necessariam, et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur. Confer. D. 4, 1, 1, f. Ulp. e 2, f. Paul.*

(4) *D. 4, 6, 1, § 1.* in fin. *f. Ulp.*

(5) *Gai, Com. i §§ 57 e 125.*

(6) *D. 4, 4.* De minor. *7, § 4; 9 pr. e 18, §§ 2 e 3, f. Ulp.*

(7) Questa distinzione è nettamente stabilita *D. 4, 1, 7, § 1, f. Marcell.* a proposito dell'azione *de dolo*, e della restituzione propriamente detta: ed ancora *D. 4, 2, 21, § 6, f. Paul.* a proposito dell'azione *metus causa*; e parimente *D. 4, 4.* De minor. *13, § 1, f. Ulp.*; quantunque in altri testi, ed a parlar generalmente il nome di *in integrum restitutio* sia esteso qualche volta all'uno ed all'altro procedimento; p.e. in *Paul. Sent. 1, 7, § 4.*

(8) *C. 7, 72.* De bonis auct. jud. possid. *5 const. Diocl. et Maxim.* — *D. 42, 4.* Quib ex caus. in poss. catur *8, f. Ulp.*

(9) *D. 42, 4, 7, §§ 1 e seg. f. Ulp.* — *Ivi 2, f. Ulp.*; *5, f. Ulp.*; *§ 2, f. Paul.*

si dà *ventris nomine* in favore del figliuolo conceputo ma non ancora nato; o *ex Carboniano edicto* all'impubere sucessibile il cui stato è messo in quistione (1). *Diritto di legato* o *di fedecommesso*, nell'immissione in possesso de' beni ereditari *legatorum, sen fidei commissorum servandorum causa* (2), della quale abbiamo di già trattato, (V. I. p. 474 e qui sop. p. 110). Finalmente aggiugnete anche l'immissione in possesso per cagione di danno imminente (*damni infecti*) (3), immissione la quale ha luogo soltanto per l'edifizio che minaccia rovina, cioè per un'oggetto particolare (*in singulem rem*) e della quale abbiamo parimente di già parlato (sop. p. 109) (4).

La *missio in possessionem* non rende l'immesso in possesso possessore di diritto, non gli attribuisce il possesso civile. I giureconsulti romani a tal proposito distinguono accuratamente il fatto (*in possessionem ire*) dal diritto (*possidere*). La *missio in possessionem* attribuisce all'immesso soltanto il fatto, la guardia e la vigilanza de'beni (*custodiam et observationem*). Essa costituisce a suo favore una sorta di pegno pretorio (*pignus praetorium*) (5) protetto da un interdetto speciale, o da un'azione *in factum* (6). Solo per via di altre susseguenti operazioni, e secondo la diversità de' casi può *la missio in possessionem* produrre un vero possesso civile, come nel caso del *damnum infectum* in forza di un secondo decreto pag. cit.); o la facoltà di far vendere i beni.

Queste *missiones in possessionem* seguite ulteriormente dalla vendita de' beni ci conducono naturalmente all'esame delle vie di esecuzione forzata sotto il regime formolario, perciocchè esse vi han tenuto il luogo principale.

Vie di esecuzione forzata: Arresto personale *(duci iubere)*; — **Vendita in massa de' beni** *(missio in possessionem, proscriptio, et emptio bonorum)*; — **Vendita in massa per causa pubblica** *(bonorum sectio, sectores)*; — **Cessione di beni** *(bonorum cessio; bonis cedere)*; **Vendita in particolare de' beni** *(bonorum distractio)*; — **Presa di pegno pretorio** *(pignoris capio; pignus iudicati causa captum; pignus praetorium)*; — **Azione della cosa giudicata** *(actio iudicati)*.

L'esecuzione forzata della sentenza ha questo di particolare sotto il sistema formolario, che siccome la condanna è sempre pecuniaria, si tratta sempre di costringere il debitore al pagamento d'una determinata somma di danaro Questo ha luogo eziandio per le condanne intervenute in materia di azioni reali: salvo ciò che abbiam detto del *iussus* preliminare delle azioni arbitrarie, il quale ordine, se fa mestieri, nella più parte de'casi si esegue quando è possibile, *manu militari*, cioè con l'impiego della forza pubblica della quale il pretore dispone (pag. 334). Ma in quanto alla sentenza medesima, il suo risultato è sempre il pagamento d'una somma di danaro, ed a ciò dee costringersi il debitore condannato.

Il modo di esecuzione sotto il sistema delle azioni della legge era la *manus injectio* con tutte le sue conseguenze contro la persona del debitore; e soltanto in alcuni casi rari, riferibili al diritto religioso o al diritto pubblico la *pignoris capio* contro i suoi beni (sop. p. 286 e 289). Noi non abbiamo una precisa indicazione sull'abolizione di queste due azioni della legge; ma abbiamo ragion di credere che esse sopravvissero anche alla legge Æbutia e non cessarono di essere in vigore se non in seguito delle disposizioni delle leggi Juliae (7). Egli è da vedere come furono modificate o trasformate dal siste-

---

(1) *D. 47, 9.* De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus. — *39, 10.* De Carbon. edicto.

(2) *D. 36, 4.* Ut in possessionem legatorum, vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat.

(3 D. *39, 2.* De damno infecto.

(4) Sulle diverse cause d'immissione in possesso oltre i titoli particolari citati nelle note precedenti, vedi in generale i titoli seguenti: *D. 42, 4.* Quibus ex causis in possessionem eatur. — *42, 5.* De reb. auct. jud. possid. — *E Cod. 7, 72.* De bonis auct. jud. possidendis seu venumdandis.

(5) *D. 13, 7.* De pignerat. act. *26, f. Ulp.; Non est mirum si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, etc.*

(6) *D. 43, 4.* Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus fuerit. — In caso di resistenza, quegli al quale s'era data l'immissione poteva esser messo in possesso con l'aiuto della pubblica forza. *D. 36, 4.* Ut in poss. legat. *3, § 27, f. Ulp.: Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum, aut per viatorem aut per officialem praefecti, aut per magistratus introducendus est in possessionem.* — V. anche *D. 43, 4.* Ne vis fiat *3, f. Ulp.*

(7) *Gai. Com. 4, § 25, confer. coi §§ 30, e 31.*

ma formolario, e quali furono le istituzioni, che subentrarono nel loro posto.

Il termine di 30 giorni, o *dies iusti*, *legitimum iudicati tempus* conceduto dalla legge delle XII Tavole al debitore condannato (*iudicatus*), o che avea confessato *in jure* il suo debito in una somma di danaro (*confessus*), come una spezie di armistizio, acciocchè egli avesse tempo di adempire volontariamente la sua obbligazione, questo termine fu sempre mantenuto. Non pertanto poteva essere abbreviato dal magistrato secondo le occasioni, e segnatamente per cagione di urgenza(1), o al contrario prorogato, per quel che pare, fino al doppio(2). In pendenza di questo termine non poteva procedersi di alcuna esecuzione nè sulla persona, nè sui beni del debitore. Spirato questo termine si dava cominciamento all'esecuzione forzata.

Il diritto del credito contro la persona del debitore, che anticamente esercitavasi per mezzo della *manus injectio* si è conservato sotto l'impero, ed era tuttavia in vigore sotto Giustiniano (3): non già nella medesima forma, nè con gli effetti rigorosi dell'*addictio*, ma come un diritto di prender e di tenere in servitù il debitore condannato per costringerlo ad eseguire la condanna. Le formalità della *manus injectio* non avean più luogo; ma il creditore dopo il termine legale otteneva dal pretore pronunziante *extra ordinem* un *duci jubere*, cioè un ordine che lo autorizzava a prendere il suo debitore ed a ritenerlo presso di se facendolo lavorare al suo servigio, fino alla soddisfazione del debito, senza che per questo egli perdesse la sua ingenuità, o che divenisse schiavo nè di diritto nè di fatto, e senza che i figliuoli potessero esser costretti a servire eziandio eglino pel debito del padre (4). Quantunque più tardi da Zenone e da Giustiniano fosse vietato come crimenlese di stabilire delle carceri private (*privata carcera*) (5), pure questo arresto personale per debiti non consisteva anche in questi ultimi tempi in una semplice detenzione in qualche pubblica prigione, ma vi era sempre una certa soggezione del debitore in quanto era tenuto a lavorare a profitto del creditore.

Ma il modo di esecuzione veramente proprio al sistema formolario e sostituito dal diritto pretorio all'antica *manus injectio* fu la *missio in possessionem* del creditore, o de'creditori nell'universalità de'beni del debitore. Si potrà formare un'idea abbastanza esatta di questo modo di costringimento dicendo esser esso un'imitazione quasi fedele della *manus iniectio*, con questa differenza che in cambio della persona l'universalità de'beni del debitore ne forma l'oggetto. La personalità giuridica, vale a dire il complesso di tutti i diritti

(1) *D. 42, 1.* De re jud. *2, f. Ulp.; Qui pro tribunali cognoscit non semper tempus judicati servat; sed nonnumquam arctat, nonnumquam prorogat, pro causae qualitate, et quantitate, vel personarum obsequio, vel contumacia, etc.*

(2) *C. Theod. 4, 19.* De usur. rei jud. *const. un. Grat. et Theod. Qui post judicii finem, exceptis* duobus mensibus, *quibus per leges solutionem nonnumquam est* concessa dilatio... etc. — Gaio (*Com. 3, § 78*) ci fa intendere che questa prorogazione era autorizzata dall'editto: *Item judicatorum, post tempus quod eis partim lege XII Tabul. partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur.*

(3) Si può seguire la traccia di quest'istituzione che continuò sempre ad essere applicata non ostante le sue modificazioni, ne' fonti che seguono. Plutarco *Lucullo 20.* — Cic. *Pro Flacco 20, 21.* — Lex Rubria *Galliae Cisalpinae* la quale ripete più volte cap. 21 e 22, parlando del *judicatus* o del *confessus*, che non esegue: *Praetor... eosque duci, bona eorum possideri, proscribique, venireque jubeto*». Diodoro *1, 79*, il quale ci fa sapere che l'Egitto godeva di questo privilegio che non poteva aver luogo l'arresto personale per debiti. — Seneca *De benef. III. 8.* — Aul. Gell. *Noct. At. XX, 1.* il quale dice parlando de' suoi tempi: *Addici namque nunc et vinciri multos videmus* (Storia della legislazione rom. Framm. delle XII Tav. E tav. 3, § 6 in nota — *Paul. Sent. 5, 26*, §§ *1* e *2.*: *Hae lege excipiuntur judicati etiam et confessi; et qui ideo in carcerem duci iubentur quod ius dicendi non obtemperaverint — Gai, Com. 3, § 199; Si quis liberorum nostrorum... sive etiam iudicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit — D. 4, 6.* Ex quibus caus. maj. *23, f. Ulp.*; «*Fieri enim poterat ut quis in vinculis praesens esset, vel in privata vincula ductus; nam et eum qui in vinculis est, si modo non sit in servitute, posse usu adquirere constat*». — *D. 42, 1.* De re judic. *34 f. Lucian. Rufin.*; *Si victum vel stratum inferri quis iudicato non patietur, utilis in eum poenalis actio danda est, vel, ut quidam putant, iniuriarum cum eo agi poterit. — C. 7, 71.* Qui bon. ced. *const. 1*, nella quale Alessandro Severo presenta ancora come uno de' vantaggi della cessione dei beni l'impedire, *ne iudicati detrahantur in carcerem.* — Da ultimo Giustiniano il quale nel medesimo titolo del suo Codice ove si trova il testo precedente dice ancora, parlando sempre della cessione de' beni, che essa ha luogo, *salva videlicet existimatione, et omni corporali cruciata semoto.*

(4) *C. 4, 10.* De oblig. act. *12, const. Diocl. et Max.*; *Ob aes alienum servire liberos creditoribus iura compelli non patiuntur.*

(5) *C. 9. 5.* De priv. carcer. *1, const. Zeno. — C. 1, 4.* De Episc. *aud. 23, const. Justinian.*

attivi e passivi che il debitore avea, ha preso il posto della personalità fisica: si applica all'una quel che nell'azione della legge si applicava all'altra. Dopo l'antico termine, o armistizio legale di 30 giorni il pretore pronunzia *extra ordinem* un decreto pel quale comanda, siccome anticamente era in uso, e come quì sopra abbiam detto che il debitore sia menato via (*duci iubere*), ed inoltre che l universalità de'suoi beni sia posseduta da'creditori (*bona possideri*); che se ne annunzii pubblicamente per affissi la vendita (*pro scribique*), ed in fine si vendano (*venireque*). A cominciare da questo decreto si dà un nuovo termine di 60 giorni, come quello delle XII. Tavole per fare l'annunzio per affissi della futura vendita (*proscriptio*), la nomina di un sindaco (*magister*), e la pubblicazione delle condizioni della vendita (*lex bonorum vendundorum*). Di poi ha luogo la vendita dell'universalità de'beni (*bonorum emptio*), o piuttosto della personalità giuridica del debitore, come avea luogo venduta anticamente quella della sua persona fisica *peregre*, *trans tiberim*. L'*addictio* di quest'universalità si faceva al maggior offerente Non si tratta che il compratore acquista isolatamente de'beni, ma sibbene acquistata l universalità, il complesso de'diritti attivi o passivi, in una parola egli assume la persona giuridica del debitore; egli è suo successore universale, proprietario, creditore, debitore in sua vece ed in suo luogo, salvo il benefizio della riduzione dei crediti secondo la legge della vendita. In conseguenza il debitore è spogliato della persona giuridica che innanzi avea, patisce una perdita del suo *caput*, una *capitis deminutio* che era infamante, e che distruggeva la sua *existimatio*; egli non deve più nulla de'suoi antichi debiti, non può più esser convenuto per qualche residuo, e comincia da quel punto una nuova persona. Questo è quel genere di successione universale, di che abbiam già parlato con qualche particolarità (p.69). È manifesto che nelle operazioni che vi han luogo debba distinguersi la seguente gradazione: *missio in possessionem*, *proscriptio*, e finalmente *emptio bonorum*; serie di atti che la legge Rubria ci indica con queste parole: « *Praetor...., cosque duci, bona eorum possideri, proscribique, venirequc jubeto* » (1).

Non è confondere con l'*emptio bonorum* la *sectio bonorum*, la quale è anche più antica, ed appartiene non già al diritto pretorio, come la precedente, ma allo stesso diritto civile. Le nozioni che ne abbiam da Gaio non ci permettono più di far questa confusione nella quale son caduti la più parte degli autori anteriori a'nostri tempi. La *sectio bonorum* si applicava all'universalità de'beni di colui che per pubblica accusa era stato condannato criminalmente (*damnatus et proscriptus*) ad una pena portante attribuzione de'suoi beni al tesoro pubblico (*publicatio*). Il pretore metteva i questori del tesoro in possesso dell'universalità de'beni, e questi, ne facevano pubblicamente la vendita sotto il simbolo quiritario della proprietà civile (*sub. hasta*). Coloro che acquistano questa massa universale di beni erano de'successori universali secondo il diritto civile: e però Varrone annovera la *sectio bonorum* tra i modi di acquistare il *dominium ex jure Quiritium* (2). Siccome l'intenzione di cotali compratori era comunemente di rivendere in seguito i beni parzialmente, per questa cagione furon chiamati *sectores* (3).

---

(1) Qui sop. p. prec. nota 2 — I particolari su questo modo di esecuzione ci son dati da Gaio. Com. 3, § 78, e da Teofilo che di già abbiam citat p. 70.

(2) Varr. De Re R. *II*, 10.; *Dominium legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem justam adiit; si ut debuit mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit; aut si usucepit; aut si e praeda sub corona emit;* tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit. V. Vol. I.° p.215 nota 1. — Le espressioni *si e praeda*, *sub corona emit* indicano la vendita de' prigioni, che si faceva parimenti *sub hasta*, *sub corona* e che era una vendita di oggetti particolari, e non di universalità.

(3) Ascon. Ad Cic, Verr. 1, 20: *Sectorem... dicit aestimatorem redemptoremque bonorum damnati, atque proscripti, qui... secutus spem aestimationis suae bona omnia auctione vendit, et semel infert pecuniam vel aerario, vel sociis.— Ivi 23. Sectores... qui spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, proque iis pecunias pensitabant singulis. — Gai. Com. 4, § 146.; Item ei qui publica bona emerit, ejusdem conditionis interdictum proponitur, quod appellatur sectorium, quod sectores vocantur qui publice bona mercantur.* Questo interdetto *sectorium* è ravvicinato da Gaio all'interdetto *possessorium* che si dava al *bonorum emptor* (§ 145), e questo ravvicinamento ben dinota la distinzione a fare tra la *bonorum sectio*, e la *bonorum emptio*. — Si trovano de' documenti relativi alla *bonorum sectio* in Cic. *Pro Rosc. com. c. 29, 31, 33, 36, 43, 51*, e *seg.* — Liv. *XXXVIII. 58*, e *60*. — Val. Max. *IV, 1*, § *8*. — Aul. Gell. *VII, 19* — Se ne trova anche una troccia in questo frammento del Digesto *17, 2*. Pro soc. *65*, § *12*, *f. Paul.*: *Publicatione quoque distrahi societatem diximus, quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicatur, nam cum in eius locum*

Così la *sectio bonorum* è una vendita universale a profitto del tesoro pubblico, e l'*emptio bonorum*, a profitto dei privati: (*si bona publice aut privatim venierint*, dice Gaio (1). La seconda fu dedotta dalla prima per una estensione pretoria, e fu sostituita con una certa assimilazione alla *manus injectio*.

Verso la fine della repubblica per una legge Julia, probabilmente una delle leggi giudiziarie sia di Giulio Cesare, sia di Augusto fu offerto un mezzo al debitore oberato di schivare il doppio inconveniente dell' arresto personale, e dell' infamia che produceva la *bonorum emptio* forzata: questo fu di dare volontariamente a' suoi creditori la cessione de' beni (*bonorum cessio*), vale a dire l'abbandono dell' universalità de' suoi beni. In questo caso si provocava la vendita, ed avea luogo per universalità, come nel caso di esecuzione forzata (2), ma il debitore non poteva essere imprigionato, nè era notato d' infamia. Tuttavia vi ha questo di notabile, che non essendo egli decaduto dal suo stato, non si trovava liberato da' suoi debiti, ed i creditori non pagati interamente conservavano il diritto di perseguitarlo pel pagamento di ciò che loro restava dovuto, se per ventura egli veniva ad acquistare de' nuovi beni (3): salvo il benefizio ch'egli aveva di non poter più essere condannato verso di loro, se non *quantum facere potest* (4). Da alcuni testi si può dedurre che la cessione de' beni non era permessa che al debitore sventurato e di buona fede (5). Da che la cessione dei beni fu introdotta da una legge Julia, probabilmente una delle leggi JULIAE *judiciariae*, si può trarre quest' importante conchiusione che, se l'azione della legge, *per manus injectionem* era ancora in uso fino a queste leggi, almeno allato ad essa ed in concorrenza il pretore e la pratica aveano già introdotta l'esecuzione forzata per *emptio bonorum*, giacchè le leggi JULIAE aprono al debitore una via di sfuggire alle sue più penose conseguenze.

Un senato-consulto che già esisteva al tempo di Marc-Aurelio Antonino e di Gaio portò all'esecuzione per *emptio bonorum* un eccezione privilegiata, alla quale si dee far molta attenzione. Esso ordinò che quando il debitore fosse una *clara persona* p. e. un senatore, o moglie di senatore, i beni in luogo d'esser venduti in massa col procedimento dell'*emptio bonorum*, il che portava diminuzione di capo, infamia, e successione universale, si dovesser vendere parzialmente pel ministero di un curatore ai beni (*curator*) (6). Questo è ciò che dicesi *distractio bonorum*, o vendita parziale de' beni. Non si dee confonderla con l' *emptio bonorum*, o vendita in massa e per universalità, nè il curatore dell'una col *magister* dell'altra. La *distractio* non porta alcuna decadenza di stato, alcuna successione, ma però non libera il debitore, se il prezzo degli oggetti venduti non può bastare a pagare interamente i creditori. Questa *distractio bonorum* introdotta da prima come privilegio è destinata a divenire il diritto comune, ed a porsi totalmente in luogo dell'*emptio bonorum*, quando la procedura formolaria sarà caduta.

In fine l'azione della legge *per pignoris capionem* ebbe anch' essa sotto il sistema formolario qualche cosa di analogo, ma di più conforme ai progressi della civiltà. Non più si vide in alcune cause speciali la parte interessata impadronirsi da se stessa e senza l' intervento del magistrato di qualcuno de'beni del suo debitore per te-

---

alius succedat, pro mortuo habetur. Ved. sop. p. 182.

(1) *Gai Com. 4, 134.*

(2) *Gai Com. 3, § 78; Bona autem veneunt aut vivorum, aut mortuorum. Vivorum, velut eorum qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur*; item eorum qui ex lege Julia bonis cedunt; *item iudicatorum... etc.*

(3) *C. 7, 71.* Qui bonis cedere possunt *1, const. Alex.; Qui bonis cesserint nisi solidum creditor receperit non sunt liberati. In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem — C. 2, 12.* Ex quib. caus. infam. *11, const.; Alex.: Debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt.* — Giustiniano const. 8 del medesimo titolo dice eziandio di questa cessione alla quale da la modificazione di *miserabile cessionis bonorum auxilium*, che essa ha luogo: *salva videlicet eorum existimatione, et omni corporali cruciatu remoto.*

(4) *D. 42, 3.* De cessione bon. *4, f. Ulp.*

(5) *D. 42, 1.* De re judic. *51, f. Paul. — C. Theod. 4, 20.* Qui bonis ex lege Iulia cedere possunt. *1, Const. Gratian.*

(6) *D. 27, 10.* De curat. fur. et aliis. *5, f. Gai.: Curator ex S. C. constituitur, cum clara persona veluti senatoris, vel uxoris ejus, in ea causa sit ut ejus bona venire debeant: nam, ut honestius ex bonis ejus quantum potest creditoribus solveretur curator constituitur, distrahendorum bonorum gratia, vel a praetore, vel in provinciis a praeside. — Ivi 9, f. Nerat. — D. 42, 7.* De curat. bon. dando *4, f. Papir. Just.; Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt: bonis per curatorem ex S. C. distractis, nullam actionem ex antegesto fraudatori competere.*

nerla in un luogo di pegno, ma generalmente il solo magistrato per assicurare l'esecuzione delle sentenze potè ordinare che si facesse cotal presa di pegno. Alcune costituzioni imperiali, le quali rimontano almeno fino ad Antonino il Pio sanzionarono questa pratica, nella quale si trova un modo di esecuzione forzata differente ancora dai precedenti (1). Nel caso di confessione del debito, o di condanna, dopo il termine conceduto per adempiere volontariamente, il magistrato può far prendere per mezzo de' suoi uffiziali (altrimenti detti *viatores*, *apparitores*, o in generale *executores*) alcuni beni del debitore condannato, che costituiscono così una specie di sequestro, di pegno pretorio (*pignus praetorium*). Se ne' due mesi il debitore non li libera pagando il suo debito, essi son venduti per mezzo degli *officiales* del magistrato, ed il prezzo si impiega ad estinguere il debito (2). Se non vi sieno compratori, il pegno debb'essere attribuito (*addictum*) al creditore per una tassa determinata (3). In questo sequestro e vendita di pegno il magistrato dee seguire un certo ordine: da prima i mobili (*res mobiles*); in caso d' insufficienza gli immobili (*res soli*), e dopo questi, se anche sono insufficienti, i diritti (*jura*) (4). L'utilità di questa *pignoris capio* pretoria è distinta da quella dell'*emptio*, ed anche della *distractio bonorum*. Nell'*emptio* e nella *distractio bonorum* si sequestra e si vende o in massa, o in particolare il complesso di tutti i beni, di tutta la fortuna del debitore. Nella *pignoris capio* si prendono soltanto alcuni beni, quanto il magistrato ne giudica sufficienti ad estinguere i debiti. Il primo procedimento conviene ai casi d'insolvibilità del debitore, e di concorso de' creditori; il secondo al caso che il debitore è piuttosto ritroso a pagare che insolvibile. L' *emptio bonorum* portando successione universale cadde in un con la procedura formolaria; ma la *distractio bonorum*, e la *pignoris capio* restarono come le due vie di esecuzione forzata che soddisfacevano alle due necessità principali di questa esecuzione.

Tutte queste vie di esecuzione han luogo, e sono ordinate dal pretore *extra ordinem* nell'ipotesi che l'esistenza della sentenza di condanna non sia messa in dubbio. Ma se il convenuto neghi il fatto medesimo d'esservi stata condanna contro di lui (5), o se pretenda di essersene di già liberato (6), in tal caso sorge una contestazione che non può esser diffinita se non secondo la procedura ordinaria con la destinazione di un giudice, e col rilascio di una formola: questo è l'oggetto dell'*actio judicati*. Ecco come a noi pare che la cosa procedesse. Nel termine dell'armistizio legale pel debitore non si poteva esercitar l'*actio judicati* (7), nè per conseguente alcuna via di esecuzione forzata. Passato questo termine il creditore il quale voleva mettere ad effetto la sentenza da lui ottenuta chiamava il suo avversario *in jus* per domandare ed ottenere contro di lui, se faceva duopo, l'*actio judicati*. Questo è quel che dicesi propriamente *judicati agere*. Venuti *in jus*, se il fatto della sentenza di condanna, e dell' esistenza dell'obbligazione che ne era nata, era riconosciuto, non vi era luogo ad alcuna azione propriamente detta, ad alcun *judicium*. Il pretore statuiva *extra ordinem*, ed in forza del suo *imperium* ordinava i diversi mezzi di esecuzione che ora abbiamo esposti. Ma se si negava anche l'esistenza della sentenza o dell' obbligazione che avea prodotta, allora il pretore dava l'*actio judicati* propriamente detta, cioè una formola di azione con rinvio innanzi ad un giudice per far giudicare tal quistione. Ecco in che maniera l'*actio judicati* ci si pre-

(1) *D. 42, 1.* De re jud. *31, f. Callistr.: Si qui tamen per contumaciam magis quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem: pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum, ex forma quam Cassio proconsuli D. Pius in haec verba rescripsit: « His qui fatebuntur debere aut ex re judicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cujusque videbitur: eorum qui intra diem vel ab initio datum, vel ex causa postea prorogatum sibi, non reddiderint, pignora capi: eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit reddatur ei cujus pignora vendita erunt».C.8,23.* Si in causa judicati pignus captum sit. *1, const. Anton.* » *Res ob causam judicati ejus jussu, cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri, ac distrahi posse saepe rescriptum est. Nam in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis.*

(2) Ved. la nota precedente, principalmente la legge 31, che vi si trava riportata.

(3) *D. 42, 1.* De re judic. *15, § 5, f. Ulp.*

(4) *Ivi 15, § 2, f. Ulp.*

(5) *D. 49.* Quae sent. sine appell. *1, f. Macer.: «Si quaeratur judicatum sit necne et hujus quaestionis judex* non esse judicatum *pronuntiaverit, licet fuerit judicatum, rescinditur, si provocatum non fuerit.»*

(6) *D. 42, 1.* De re jud. *7, f. Gai.; Intra dies constitutos, quamvis judicati agi non possit, multis tamen modis judicatum liberari posse hodie non dubitatur.*

(7) Vedi la nota precedente.

senta ne' testi talvolta come mezzo di provocare l'esecuzione, e talvolta come mezzo di far pronunziare sull'esistenza impugnata della sentenza, secondochè la si riguarda per rispetto alle parti o venute solamente *in ius*, o rinviate *in iudicio*. Il convenuto che voleva negar l' esistenza della sentenza, ed opporsi all'azione *iudicati* non era più obbligato, come sotto il regno delle azioni della legge, di dare un *vindex*; ma quest'obbligazione era stata surrogata da quella di dare una cauzione *iudicatum solvi* (1). Inoltre in pena dell'ingiusta negazione la formola ordinava che se egli rimanesse succumbente fosse condannato nel doppio: l'azione *iudicati* era una di quelle che *inficiatione duplantur* (2); anzi essa ne fu il tipo primitivo.

Retrosumò, e quadro di una procedura sotto il sistema formolario.

Il carattere dell'*in jus vocatio*, in principio, rimane lo stesso: la cura di chiamare, e se è mestieri, di menar per forza il suo avversario innanzi al magistrato appartiene sempre all' attore come atto privato. Ma nel fatto la pratica, ed il diritto pretorio han sostituito a questa lotta privata altri mezzi di costringimento pubblico. Il magistrato interpone la sua autorità: la resistenza di chi è chiamato *in jus* può esser repressa con rimedi del pretore; con la presa di pegni, o con un' azione per far pronunziare una pena pecuniaria (*mulcta*, *quanti ea res est*) tanto contro colui che ha ricusato di comparire, quanto contro coloro che avesser favorito la sua resistenza (3).

L' uso del *vindex*, mediante il quale il chiamato in *jus* poteva liberarsi dall' obbligazione di seguire colui che lo chiamava, non è più in voga. Ora gli basta dare per sicurtà un fideiussore (*fidejussor judicio sistendi causa*). Il *vindex* era un terzo che interveniva ed assumeva l' affare a suo proprio carico. Il *fidejussor* non è altro che una sicurtà che risponde sotto una pena pecuniaria fissata dalla stipulazione, che il chiamato si presenterà *in jus* nel giorno da lui promesso (4).

Se quegli che l' attore vuol citare *in jus* è assente, e non vi è persona che tolga sopra di se la sua causa, la *vocatio in jus* non può aver luogo, e non è possibile introdurre l'istanza. I romani non conoscevano l' assegnazione e la procedura in contumacia contro un avversario assente. Ma l' editto offre un rimedio pretorio contro questo inconveniente; ed è l' immissione in possesso de' beni dell'assente a titolo di garentia (*missio in possessionem custodiae causa*) (p. 332).

L' attore nel tempo medesimo che cita *in ius* il suo avversario può fargli conoscere le sue pretensioni, e l'azione che intende esercitare contro di lui. Questo è ciò che dicesi *actionem*, *denuntiare*, *actionis denuntiatio* (5). Nondimeno questo atto non è punto obbligatorio, ma e puramente officioso, e facoltativo; soltanto, l'attore ordinariamente ha interesse di farlo, perchè essendo il convenuto anticipatamente informato di quel che si tratta, la procedura potrà spedirsi con più celerità. E però esso è di un uso frequente.

Venute le parti innanzi al magistrato, (*in iure*), l' adempimento del rito sacramentale delle azioni della legge che anticamente avea luogo è oggi surrogato dalle formalità relative alla indicazione, redazione, e rilascio dell' azione e della sua formola.

L'attore innanzi tutto indica in presenza del magistrato l'azione ch'egli vuol esercitare, e la formola di cui intende servirsi. Egli fa quest' indicazione o a voce, o per iscritto (*per libellum*), o riferendosi semplicemente ad una formola descritta nell'*album*: il che dicesi *edere o dictare actionem*, *actionis editio*. Questo atto non è come la *denuntiatio*, puramente facoltativo: ma è officiale e di rigore. Del restante esso non lega l'attore che è ancor libero fin dopo la *litis contestatio* di modificare i termini della sua domanda, o anche di

(1) *Gai. Com. 4*, § *25*: *Itaque judicatus...vindicem dare debebat... Unde nostris temporibus is cum quo iudicati...agitur iudicatum solvi satisdare cogitur.*

(2) *Gai Com. 4*, §§ *9 e 171*.

(3) *Gai. Com. 4*, § *46*.— *D. 2, 5*. Si quis in jus *2*, § *1*, *f. Paul.*; *Si quis in jus vocatus non erit ex causa a competente judice multa pro iurisdictione iudicis damnabitur.* — *D. 25, 4*. De insp. ventr. *1*, § *3*, *f. Ulp. Cogenda igitur erit remediis praetoriis, et in ius venire, et si venerit respondere, pignoraque ejus capienda et distrahenda, si cantemnat, vel mulctis coercenda.* — *D. 2*, 7. Ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat *5*, § *1*, *f. Ulp.*: *In eum autem qui vi exemit in factum iudicium datur... quanti ea res est ab actore aestimanda...* § *3*... *Et si plures deliquerint in singulos dabitur: et nihilominus manet qui exemptus est, obligatus.*

(4) *D. 2, 6*. In jus vocati ut eant, aut satis, vel cautum dent.

(5) *D. 5, 2*. De inoff. test. *7*, *f. Paul. 5, 3*. De haered. pet. 20, § *11*, *f. Ulp.*

cambiar l'azione (1). L'*actionis editio*, e l'atto che talvolta figura ne' testi sotto il nome di *actionis postulatio*, i quali altra volta furon riguardati dagl'interpetri come due atti di procedura distinti e separati, pare che realmente costituiscano una sola formalità, e si confondano l'uno nell'altro: perciocchè indicare innanzi al magistrato l'azione che si desidera esercitare, è lo stesso che domandargliela, e domandarla è lo stesso che indicarla.

Il convenuto dopo che l'*actionis editio* gli ha fatto conoscere la pretensione dell'attore è libero d'impegnare immediatamente la contesa sul rilascio dell'azione, o di chiedere un termine per riflettere. Se egli chiede un termine, dee obbligarsi innanzi al magistrato sotto una pena pecuniaria di ritornare *in iure* nel giorno prefisso. Questo è il *vadimonium* del sistema formolario. Quest'obbligazione deve da lui in certe cause assumersi per semplice promessa verbale, per istipulazione (*vadimonium purum*); in altri sotto la fede del giuramento (*iureiurando*), talvolta col dare de' fidejussori (*cum satisdatione*), o con nomina immediata di ricuperatori incaricati di condannare il convenuto alla somma promessa, s'egli non si presenta nel giorno stabilito (*recuperatoribus suppositis*). Somiglianti obbligazioni hanno ugualmente luogo in tutt'i casi, in cui lo affare cominciato innanzi al magistrato non può terminarsi il giorno medesimo (2). In quanto a' *vadimonia* che sotto le azioni della legge si facevano eziandio nel secondo periodo della lite, vale a dire innanzi al giudice (*in judicio*), non sono più in voga sotto il sistema formolario.

Il dibattimento innanzi al magistrato (*in jure*) ha per iscopo il determinare se un'azione sarà data all'attore; ed in caso di affermativa, di farne compilare la formola. Se l'affare è di tal natura che possa esser risoluto *extra ordinem* per la sola giurisdizione, o se il magistrato giudica che l'attore non è in un caso, che abbia diritto ad alcuna azione (3); ovvero se da parte del convenuto vi è confessione e riconoscimento del diritto dell'attore (*confessio in jure*) (4); o anche se una delle parti innanzi al tribunale deferisce all'altra il giuramento sull'esistenza del diritto caduto in controversia (*iusiurandum in iure*) (5); in tutti cosiffatti casi l'affare si termina innanzi al magistrato. Altrimenti vi è luogo alla dazione di un giudice, ed alla compilazione di una formola. Noi abbiamo già narrato (p. 309) in che modo si procede alla compilazione di una formola. Se per giungere a questo scopo sia necessario avere alcune notizie dall'una o dall'altra parte, p. e. se si tratti di sapere se il convenuto sia erede del debitore primitivo; ovvero in un'azione nossale, se egli sia proprietario dello schiavo che ha cagionato il danno; ovvero quando l'età dell'una o dell'altra delle parti deve avere un'influenza sul diritto, se sia mestieri conoscere l'età in questi diversi casi tali notizie possono esser richieste o da una delle parti all'altra, o dal magistrato per via di una *interrogatio in iure* che impone l'obbligo di rispondere, purchè cada sopra fatti personali alla parte interrogata (6). Dopo che la redazione della formola è stabilita, vien rilasciata alle parti, il che si chiama per rispetto al magistrato *indulgere*, *permittere*, *tribuere*, *o accomodare actionem*, e per rispetto all'attore *actionem impetrare*, *actionis impetratio* (7).

Non abbiam nessun indizio che la *comperendinatio*, della quale Gaio parla in tempo passato, e come di cosa praticata sotto le azioni della legge (p. 291) sia mantenuta sotto il sistema formolario.

In quanto alla *litis contestatio*, essa si è notabilmente modificata in riguardo alla sua forma, nella pratica del sistma formolario; essa ha perduto il carattere primitivo, ond'era le venuto il nome: le parti non invocano più de' testimoni per atte-

---

(1) V. su tutti questi punti p. 309 col testo citato nota 2 e 10.

(2) *Gai. Com. 4*, §§ *184, e seg.*

(3) *D. 46, 1.* Verb. de obl. *26, f. Ulp. e 27, f. Pomp.*

(4) *D. 42, 2.* De conf. *1. f. Paul.*; *Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur.* Tuttavia se la confessione non è d'una somma determinata, vi è anche luogo a dare il giudice non già per giudicare dell'esistenza del diritto, ma per estimarne il valore (*non rei iudicandae sed aestimandae*). *Ivi 6, f. Ulp. e D. 9, 2.* Ad leg. Aquil. *25*, § *2, f. Ulp.*

(5) *D. 12, 1.* De jurejurando sive voluntario, si ve necessario, sive judiciali. *34*, § *6, f. Ulp.*; *Ait praetor: eum a quo iusiurandum petitur solvere aut iurare cogam.*

(6) *D. 11, 1.* De interr. in jure fac. et interrog. act.

(7) Ved. i particolari su questi dibattimenti per giungere alla compilazione della formola in Cic. *part. orat. c. 28. Pro Caec. c. 3.*; *in Verr. IV. 66.*; De invent. *c. 19.*; ed in Asconio *In Verr. c. 3.* che si esprime a questo modo: *Et tandem inquisita, audita, cognitaque utrinque causa, in verba litis eius componebat quod iudici praescribebat, ut secundum illud, praesens controversia definitionem reciperet.*

stare i dibattimenti, e l'introduzione dell'istanza (p. citat). Questi fatti son riassunti e certificati per iscritto dalla formola medesima; non pertanto il nome di *litis contestatio* rimane per indicare la chiusura o il termine del procedimento *in jure*, in cui anticamente facevasi l'invocazione de' testimoni (1).

Rispetto a' suoi effetti la *litis contestatio* ha preso un'importanza anche più determinata che per l innanzi, ed è cosa ben degna che vi si fermi l'attenzione; perciocchè apre nella lite una fase al tutto nuova. Fino a quel punto la procedura non avea stabilito alcun legame di diritto fra le parti, essa le avea lasciate amendue nel medesimo stato di prima; ma a cominciare dalla *litis contestatio*, la cosa non va più così. In fatti la *litis contestatio* produce questo effetto capitale e singolare, che lega le parti, e fa nascer tra loro un' obbligazione particolare derivata come da un contratto(*quasi ex contractu*): l'obbligazione di seguire il corso dell'istanza giudiziaria, e di sottostare agli effetti della sentenza. Questo è il vero risultamento della *litis contestatio*, risultamento al quale bisogna por ben mente, *risultamento-principio*, per così dire, e del quale tutti gli altri non sono che conseguenze. Così:

1° *In quanto alla procedura*, giacchè vi è obbligazione di seguire il corso dell'istanza, la lite da questo momento è impegnata: *Judicium constitutum*, *judicium acceptum* o *susceptum*, *res in iudicio deducta*, *lis inchoata* son altrettanti sinonimi di *lis contestata*. In conseguenza o che l'attore, o che il convenuto si renda contumace, l'affare debb' esser risoluto egualmente per una sentenza di assoluzione, o di condanna, la quale avrà il medesimo effetto, che se fosse tenuta in contraddizione delle parti: qui non si applica più il principio che non si può agire *per in ius vocatio* contro un assente, perciocchè vi è per le parti obbligazione di esser giudicata(2). Giacchè vi è obbligazione, questi tre punti, che costituiscono gli elementi essenziali di ogni istanza; il giudice, i litiganti, e la cosa, cioè l'oggetto e le condizioni del litigio son definitavamente determinati e stabiliti: di tal che anche in caso di errore e d'ingiusto pregiudizio non potrebbero più esser modificati se non per una restituzione *in integrum*; e la cosa litigiosa da questo momento è colpita d'inalienabilità (3). Non pertanto la morte del giudice, o di uno de' litiganti, o la costituzione d'un procuratore danno luogo ad una sostituzione di persone (*iudicii o litis translatio*) la quale può effettuarsi più semplicemente mediante un cambiamento di nome fatto dal pretore nell'istituzione del giudice, o nella *condemnatio*, della formola (4). Sempre per la medesima ragione che si è formata tra' litiganti un obbligazione, l'azione divien per essi un' diritto acquistato; adunque quale che si fosse nella sua origine, essa è oramai divenuta perpetua e trasmissibile a favore o contro degli eredi (5).

2° *In quanto al diritto*, giacchè vi è una nuova obbligazione, il diritto primitivo, in virtù del quale l'azione è stata intentata non deve più esistere, o almeno non deve più produrre altro effetto: altrimenti se il convenuto potesse esser tenuto in un tempo medesimo de' risultati e di questa nuova obbligazione, e dell'antico diritto che esisteva contro di lui, vi sarebbe manifesta ingiustizia. L'antico diritto è compiutamenta estinto *ipso iure* per una novazione di diritto civile, se l'azione esercitata è una

(1) Questo testo del codice *5*, *9*. De lit. cont. 1. const. *Sev. et Ant.*; *Lis tunc contestata videtur cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*, indurrebbe in errore se si applicasse all'epoca del sistema formolario. Egli è oggi ben riconosciuto che esso non può riferirsi che al sistema posteriore: se è stato attribuito agl'imperadori Severo, ed Antonino ciò è stato per errore cronologico, o per interpolazione.

(2) Nel caso che non comparisce il convenuto in questo stadio di procedura, il magistrato sulla richiesta dell'attore pubblicava un editto, che si rinnovava, se occorreva, una o due volte per intervalli di dieci giorni almeno, per ingiungere al convenuto di comparire. L'ultimo di tali editti è detto *peremptorium*; se il convenuto non vi obbediva egli era *contumax* ed il giudice, o anche il magistrato *extra ordinem* giudicava dell'affare, come s'egli fosse presente. (Ved. PAUL. *Sent. 5, 5, 4.* De effectu sententiarum et finibus litium § *7.* — *D. 5, 1.* De judiciis *68*, *a 75.* — *42, 1.* De re judic. *55*, *f. Hermog.* — *C. 7, 45.* Quom. et quando judex sent. prof. debeat praesent. partibus, vel una parte absente.

(3) *D. 44*, *6.* De litigios. — *C. 8*, *37.* De litigios.

(4) *D. 5, 3.* De procur. *leg. 17*, *27. 42*, § *ult. 46*, *pr.* — *4. 3.* De dol. 7. — *17, 1.* Mandat. *45*, § *1.* — *20, 6.* Quib. mod. pign. *1*, § *2.* — *27, 7.* De fid. tut. *8*, § *1.* — *38, 1.* De oper. libert. *29.* — *C. 5, 53.* De in lit. jur. — *5, 1.* De judic. *57.* — 9, 4. De nox. act. *15.* — *40, 12.* De liber. caus. *24*, § *4*, *etc.* — *Confr. con Gaio Com. 4*, § 86.

(5) *D. 27, 5.* De fidejus. et nom. *8*, § *1*, *Paul.*; *Litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte*, *et temporales perpetuantur.*

azione personale (*in personam*), legittima (*legitimum judicium*), e conceputa *in jus*; perchè allora il diritto primitivo è un'obbligazione civile, il nuovo diritto che si genera per la *litis contestatio* è eziandio una obbligazione civile della medesima natura; essa può dunque aver la forza di novare la prima alla quale è sostituita. In conseguenza l'antica obbligazione è estinta, e l'attore non può più agire per la medesima causa: « *Postea ipso iure de eadem re agi non potest* ». Noi abbiamo già parlato (p. 221) di questa novazione forzata, che il corso della procedura fa nascere, e delle sue differenze con la novazione volontaria. Ma la cosa è tutt'altramente, cioè non si opera niuna novazione, e l'antico diritto continua a sussistere, se l'azione intentata manca di qualsivoglia delle tre condizioni qui sopra indicate. In fatti se essa è *in rem*, il diritto primitivo è un diritto reale, or un diritto reale non può esser novato da un'obbligazione. Se è conceputa *in factum* l'*intentio* non enuncia alcuna quistione di diritto, essa è fondata unicamente sull'esistenza di un fatto, or un fatto non è più suscettivo d'esser novato: l'obbligazione che la *litis contestatio* ha ingenerata non può fare che questo fatto esista, o non esista. In fine se essa è un semplice *judicium imperio continens* che trae un'autorità temporanea dal potere del magistrato insieme col quale dovrà venir meno ed estinguersi, non può aver la forza di distruggere direttamente un diritto permanente (1). In fatti si ponga mente all'ingiustizia che ne risulterebbe se un'azione così precaria, come il *iudicium imperio continens*, alla quale la morte, o il ritiro o il termine dell'ufficio del magistrato può dar fine ad ogni istante prima della sentenza, avesse avuto per effetto di distruggere compiutamente il diritto primitivo, sul quale essa è fondata. Da ciò siegue che ne'tre casi, de'quali abbiam ragionato, non essendo possibile alcuna novazione, il diritto primitivo dee continuare a sussistere. Il convenuto è tenuto nel tempo medesimo e per questo diritto, e per l'obbligazione nuova derivata dalla *litis contestatio*, di tal maniera che l'attore potrebbe anche, a rigore, e prima della sentenza, intentar contro di lui delle nuove azioni per la medesima causa: ma siccome questo doppio procedimento sarebbe ingiusto, il convenuto potrebbe respingere la nuova azione per l'eccezione *rei in iudicium deductae* (2). Se *il iudicium imperio continens* fosse svanito senza effetto pel cessare delle funzioni del magistrato prima della sentenza, noi pensiamo che l'eccezione *rei in iudicium deductae* non potrebbe piu essere opposta alla nuova azione che si fosse intentata; perciocchè l'equità nonchè vietare, richiederebbe anzi che l'istante per l'adempimento del diritto potesse ricominciare.

Dopo la *litis contestatio* l'affare è terminato *in ius*, e comincia innanzi al giudice (*in iudicio*); questa è la seconda fase della lite. Non è manifesto se l'uso delle conchiusioni sommarie e preliminari *causae collectio*, o *causae conjectio*), che era in voga sotto le azioni della legge (p. 212) siasi ancor mantenuto nella procedura formolaria; pare però ch'esso sia inutile, giacchè la formola contiene siffatto reassunto.

Le varie pruove per testimoni (*testes*), per titoli (*instrumenta*, *tabellae*, *cautiones* etc.), per giuramento prestato innanzi al giudice (*iusiurandum in iudicio*), ed altre si forniscono successivamente dalle parti. La causa si aringa (*causae peroratio*). Se il giudice non la trova sufficientemente istruita, egli l'aggiorna (*litem ampliare*, *lis ampliata*); quindi nuove discussioni (*prima*, *secunda*, *tertia*, *actio*). Dal giuramento che il giudice ha diritto di deferire ad una delle parti per compimento di pruova (*iusiurandum in iudicio*) si vuol distinguere quello che è deferito all'attore nello scopo speciale di determinare l'ammontar della condanna, alla quale egli ha diritto. Questo giuramento ha il nome particolare di *iusiurandum in litem*, ed ha luogo generalmente nelle azioni arbitrarie, quando il convenuto di mala fede non ha obbedito al *ius* preliminare del giudice; come pure nelle azioni di buona fede, e talvolta nelle azioni di stretto diritto in caso di dolo, o di colpa assomigliata al dolo da parte del convenuto. Il giudice può fissare un limite a questa estimazione giuratoria, e d'altra parte non è obbligato

(1) Quest'ultimo caso comunemente si spiega dicendo che il *iudicium imperio continens* non essendo dedotto che dall' imperio del magistrato, non può distruggere direttamente una pretensione fondata in diritto civile, ma l'osservazione a noi non pare sufficiente. Sovente non si tratta di pretensione di diritto civile nel *iudicio imperio continens*, e nondimeno questo *iudicium* non opererà mai novazione; perchè? perchè esso è un espediente temporaneo, e precario.

(2) Ved. su questi effetti della *litis contestatio* *Gai. Com. 4*, §§ *106 e seg.*

di attenervisi sempre interamente (1).

La sentenza assolve o condanna il convenuto: la condanna debb' esser sempre d'una somma determinata di danaro (*certae pecuniae*). Nondimo è permesso al giudice anche in materia civile di astenersi da una decisione dichiarando con giuramento che l'affare non gli sembra abbastanza chiaro per potervi pronunziare (*sibi non liquere*). In questo caso bisogna limitarsi all'avviso degli altri giudici se son più, o ricorrere ad un altro *iudicium* (2). Noi altronde sappiamo che vi ha de' casi p. e. i *praejudicia* ne'quali la sentenza non contiene nè assoluzione nè condanna, ma solamente una dichiarazione di fatto o di diritto, ed altri, in cui contiene delle aggiudicazioni. Essa debb'esser resa pubblicamente, ed a voce (*pronuntiare*), ma ciò non impedisce che il giudice non possa anticipatamente metterla in iscritto, per darne pubblica lettura (*ex tabella pronuntiare*, o *recitare*)(3).

La sentenze produce notabili effetti che si rannodano assolutamente a quei della *litis contestatio* di cui essa è l'effettuazione. Siavi assoluzione, o condanna, essa reca ed effettua l'obbligazione d'esser giudicato che la *litis contestatio* avea fatto nascere; quest'obbligazione è soddisfatta, e per così dire pagata (*soluta*). Inoltre in caso di condanna nasce pel convenuto una nuova obbligazione, quella di eseguire la sentenza. Di maniera che gli antichi, secondo che Gaio ci riferisce, per significare questo avvicendamento nelle obbligazioni del convenuto avean detto con ragione: « *Ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem judicatum facere oportere* » (4). In quanto al diritto primitivo, in virtù del quale l'azione è stata introdotta, esso resta nello stato in cui l'ha posto la *litis contestatio*. In fatti l'obbligazione, che trovasi in tutti i casi pagata o novata per la sentenza, è l'obbligazione d'esser giudicato che la *litis contestatio* avea fatto nascere. In quanto al diritto primitivo la sola *litis contestatio* ha agito sopra di esso, e l'effetto che ha prodotto è un fatto compiuto. In conseguenza esso rimane estinto, secondo i casi o *ipso jure*, se la *litis contestatio* ne ha operata la novazione, o *exceptionis ope*, se la *litis contestatio* l'ha lasciato sussistere. Soltanto, oltre l'eccezione *rei in judicium deductae* prodotta dalla *litis contestatio* il convenuto ha pure l'eccezione *rei iudicatae* risultante dall' ultimo stato in cui la procedura è pervenuta (5).

Con la sentenza il giudice termina il suo incarico, e con essa finisce il suo potere. Da questo punto è necessario ricorrere al magistrato per l'esecuzione.

Tuttavia vi ha diversi modi di ricorrere contro una sentenza a fine di ottenere che sia annullata, rivocata, o riveduta: 1.° Può incontrare che la sentenza sia nulla o per violazione d'una legge, di un senato-consulto, d' una costituzione, o per vizio di forma, d'incompetenza nel magistrato o nel giudice, d' incapacità di stare in giudizio in una delle parti; in questo caso basta alla parte interessata di far valere questa nullità innanzi al magistrato; cioè l'attore, domandando d'intentare una nuova azione, ed il convenuto, opponendosi all'esecuzione della sentenza nulla (6) 2.° Anche quando la sentenza non contenga nullità, si può per particolari e straordinarie cagioni, o per causa dell' età minore di 25 anni ottenere che sia considerata come non avvenuta, mediante una *restitutio in integrum* (7). — 3.° In fine dopo Augusto e probabilmente per le disposizioni della legge Julia *iudiciaria* si è introdotto e svolto successivamente il mezzo dell' appello (*appellatio* o *provocatio*) del quale si può veder l'origine storica nel potere che avea ciascun magistrato sotto la repubblica di opporre il suo *veto* alla decisione d' un magistrato inferiore, o tutto al più suo eguale. L'appello si può interporre contro la sentenza immediatamente ed a voce (*inter acta voce appellare*); o in certo termine per notificazione

(1) V. su tutto ciò p. 324 con le note; — e *D. 12, 3*. De in lit. jur. segnatamente *5, 4, e § 4, f. Marcian.*

(2) *D. 42, 1*. De re jud. *36, f. Paul.— Aul. Gell.* Noct. Act. *XIV, 2*.

(3) *C. 7, 44*. De sent. ex peric. recit. *1, const. Valer. e Gallien.*

(4) *Gai. Com. 3, § 180*.

(5) *Gai. Com. 4, §§ 106, e 107.*; « ... *Postea nihilominus ipso iure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est* exceptio rei judicatae vel in judicium deductae ». Si può interpetrar questo passo nel senso che il convenuto il quale prima della sentenza non avea che la sola *exceptio rei in iudicium deductae*, continua dopo la sentenza ad aver quest'eccezione, giacchè essa risulta da un fatto compiuto e costante, ed ha inoltre l'eccezione *rei iudicatae*. Ovvero si può dare al *vel* un senso disgiuntivo. Del resto l'una o l'altra interpetrazione è indifferente e non riguarda per nulla il sistema.

(6) *D. 49, 8*. Quae sent. sine appellat. rescind. — *C. 7, 64*. Quando prov. non est. nec.

(7) Ved. poco innanzi. *Cause di Restituzione* e e note in appoggio.

scritta (*libelli appellatorii*). Il giudice, o il magistrato, contro la decisione del quale si produce l'appello, ne dà atto all'appellante per uno scritto che addimandasi *litterae dimissoriae*, o *apostoli*, ed il cui senso è: « *appellasse, puta L. Titium a sententia illius quae inter illos dicta est* ». L'appello sospende l'esecuzione; esso si porta ad un magistrato superiore, e potrebbe esser prodotto più d'una volta di grado in grado; l'imperadore costituisce la suprema ed ultima giurisdizione (1).

TERZO SISTEMA

Della procedura straordinaria
(extraordinaria iudicia)

Origine e svolgimento di questo sistema.

In che modo la procedura formolaria introdotta dalla pratica pretoria, stabilita legislativamente dalla legge ÆBUTIA e definitivamente organizzata dalle due leggi IULIÆ *iudiciariae* disparve e cedette il posto ad un'terzo sistema? Questa sparizione fu un opera graduale e che di giorno in giorno si venne compiendo di tal che noi non possiamo indicare un tempo preciso al quale essa si debba riferire. Essa non è altro che l'invasione della *cognitio extraordinaria*, la quale l'un dì più che l'altro si estendeva ed occupava il luogo del *iudicium ordinarium* a misura che il regime imperiale più si svolgeva e tendeva più fortemente al potere assoluto, tantochè per caratterizzare il cambiamento che s'era operato bastò il dire, come Giustiniano. « Oggidì tutte le istanze sono straordinarie: « *Extra ordinem sunt hodie omnia judicia* » (2). Noi abbiamo di già esposto il progresso di questo cangiamento nella nostra Storia del diritto romano, alla quale basterà che ci riportiamo (3). Il primo testo, nel quale ciò si vede legislativamente consacrato, è la costituzione dell'anno 294 per la quale Diocleziano ordina ai presidenti delle province di conoscere eglino stessi di tutte le cause, anche di quelle per le quali per addietro si avea in costume di dare de' giudici: salvo la permissione, che loro riserba di dare alle parti de' giudici inferiori quando le loro pubbliche occupazioni, o la moltiplicità delle cause non consentissero che essi medesimi ne giudicassero (4). A questa costituzione speciale per le province, e di poi fatta generale per tutto l'impero si fa rimontare la data dell'abolizione legislativa più ampia del *judiciorum ordo*.

Nondimeno a quel modo che la procedura formolaria era stata rannodata ad alcune vestigia, o imitazioni delle azioni della legge, del pari la procedura straordinaria conservò in apparenza o nominalmente alcune tracce del sistema al quale fu sostituta. Così quantunque non vi fosse più rinvio innanzi ad un giudice, pure si mantenne per qualche tempo l'uso di compilare una formola, almeno come sommario delle conclusioni di ciascun litigante, e quello di domandare ed ottenere l'azione (*postulatio, et impetratio actionis*). Il primo di questi usi fu abolito dai figliuoli di Costantino (5), ed il secondo da Teodosio il giovine (6).

Organamento del potere giudiziario sotto il regime della procedura straordinaria.

Il fatto principale in quest'organamento è che il *jus* ed il *judicium* son confusi, la distizione tra il magistrato ed il giudice non è più. Vi ha de' magistrati, o giudici superiori, e ve ne ha degli altri inferiori, il cui potere, o la cui sfera di attribuzioni è meno estesa; ma in tutt'i casi la stessa autorità esamina e decide l'affare tanto per riguardo alla giurisdizione, quanto per riguardo alla sentenza.

Noi non ripeteremo ciò che abbiam detto nel quadro sommario di siffatto organamento che abbiamo già delineato (*Esposiz. Gener. del dr. rom.* n. 93 e 101). Si vuole spezialmente por mente all'istituzione de' *judices pedanei* o giudici inferiori, la quale nel corso del regime imperiale fu soggetto a varie vicende, sulle quali per altro ci mancano sufficienti documenti. Questa denominazione già usata sotto il sistema formlario ha potuto allora generalmente indicare, secondo le congetture di Zimmern, riprodotte da Bonjean,

(1) D. 49 dal titolo 1. *De appell. et relat.* fino al titolo 14. (La *relatio* o *consultatio* è una esposizione minuta dell'affare, che il giudice dee distendere e trasmettere alla cancelleria imperiale, quando l'appello è portato innanzi l'Imperatore.

(2) *Inst. di Giustin. 3, 12, pr.* E qui appresso *4, 15, § 8.*

(3) *Hist. de la legisl. rom. n. 75,*

(4) *C. 3, 5.* De pedan. jud. *2, const. Dioclet. e Maxim.*

(5) *C. 2, 58.* De formul. et interpetr. action sublatis. *1, const. Constant. anno 342*, e Hist. du droit rom. n.° *89.*

(6) *Ivi 2, const. Theod. et Valent. anno 428.* — V. anche *C. Theod. 2, 3, 1.*

magistrati inferiori, delle località, o magistrati municipali; ma a partire dall'imperadore Giuliano, i giudici *pedanei* ci si presentano con un carattere permanente e tutto speciale, come giudici destinati a conoscere degli affari di poca importanza, e che i presidenti delle province hanno il diritto di nominare nell'ambito della loro giurisdizione (1). Una costituzione di Zenone ne destina un certo numero per ciascun pretorio (2). In fine Giustiniano, almeno per quanto riguarda Costantinopoli e organizza di nuovo, li riunisce in collegio permanente, limita la loro giurisdizione alla somma di trecento *solidi* ed egli stesso li nomina, siccome si può vedere da una sua costituzione, nella quale si leggono parecchie di siffatte nomine (3).

Le parti per gli affari di competenza de'*iudicis pedanei* si citano direttamente innanzi ad essi (4) Ed anche quando i presidenti di provincie per discaricarsi da un affare che loro è stato sottomesso, lo rinviano a'*iudices pedanei*, costoro giudicano sempre come magistrati e come giudici nel medesimo tempo, sicchè non si tratta più della *datio iudicis* del sistema formolario.

Riassunto e quadro complessivo d'una procedura straordinaria segnatamente al tempo di Giustiniano.

I principii generali dell' *in ius vocatio* principalmente coi mezzi di sanzione introdotti dall'editto, son rimasti in vigore, noi li troviamo trascritti per frammenti nel Digesto di Giustiniano (5). Ma non solamente è caduta in disuso la violenza individuale per la quale taluno poteva esser menato *obtorto collo*, sostituendovisi interamente i mezzi di costringimento pretorii; ma anche la *vocatio in ius* è andata perdendo il suo carattere privato per prendere in cambio un carattere pubblico; essa comunemente si fa, come diremo fra poco, in un atto di citazione (*libellus conventionis*) rimesso al convenuto per ordine del giudice e pel ministero d'un *executor* o *viator*.

L'antica *actionis editio*, ed il *vadimonium* del sistema formolario han cessato di essere in voga; del pari l'*actionis impetratio* che più lungamente si mantenne come vestigio; ma fu definitivamente soppressa da Teodosio. e Valentiniano.

La denunzia volontaria e preliminare dell'azione (*actiones denuntiatio*) fatto dall'attore al convenuto per accelerare il corso della procedura (p. 337), dopo esser divenuta di un uso generale, dopo essere stata anche elevata da Costantino ad atto obbligatorio e pubblico, che dovea esser fatto nella cancelleria del magistrato (*acta*), e notificato per cura di quest'ultimo e pel ministero d' un *viator* o *executor* al convenuto (6), questa denunzia non è più in uso: essa non si ritrova più ne' testi di Giustiniano. Ma si consegue uno scopo somigliante per mezzo della forma in cui comunemente si fa l'*in jus vocatio*.

In fatti a quest'epoca l'istanza s' introduce per mezzo d'uno scritto, o specie di atto di citazione (*libellus conventionis*) (7), nel quale l'attore espone in breve le sue pretensioni, e che il magistrato fa notificare al convenuto per mezzo d'un *executor*. Nondimeno questo scritto non è sempre indispensabile: noi vediamo che, salvo alcuni casi particolari, la *vocatio in jus* può farsi con lo scritto, o senza (*sine scriptis*) (8).

Nella lite non vi son più due fasi, non si distingue, più il *jus* dal *judicium*; le parti venute *in jus* sono eziandio in *judicio*.

Per conseguente la *litis contestatio* non può essere più quel che era nella procedura formolaria. A quest'epoca debbese-

(1) C. 3, 3. D. pedan. jud. 4, *const. Diocl.*, e 5, *const. Jul.* « *Pedaneos iudices, hoc est qui negotia humiliora disceptant constituendi damus praesidibus potestatem.*

(2) *Novell. LXXXII.* De judic. *cap. 1.* Ed ancora la prefazione ove si vede che Zenone avea nominato nella sua costituzione medesima de' giudici pedanei.

(3) *Ivi cap. 1, a 5, etc.* — V. su questo soggetto la nostra *Hist. du dr: rom. n.° 75.*

(4) Così il convenuto può esser chiamato *in ius* anzi ad essi; « *Si quis ad pedaneum iudicem datum eximat, poena eius edicti cessabit* » (*D.* 7. Ne quis eum qui in jus voc. § 1, *f. Ulp.*) — La *postulatio* può aver luogo innanzi ad essi; ma *senatus-consulto etiam apud iudices pedaneos postulare prohibetur calumniae publici iudicii damnatus* » (*D.* 3, 1. de postul. 1, § 6, *f. Ulp.*) « Postulare *autem est desiderium suum vel amici sui in iure apud eum qui iurisdictioni praeest, exponere vel alterius desiderio contradicere* » (*Ivi* § 1). In questi frammenti tratti da Ulpiano l'espressione *iudices pedanei* probabilmente indicava i magistrati inferiori delle diverse municipalità.

(5) *D.* 2, 4. De in jus. voc., ed i titoli seg.

(6) *C. Theod.* 2, 4. De denunt. vel edit. rescr. principalmente 2, 4, e 6.

(7) *C.* 2, 2. De in jus. voc. segnatamente *const.* 4, *Diocl. Maxim.*

(8) *C.* 12, 1. De dignit. 17, § 1, *const. Honor. et Theod.* — *Nov.* 123, e 8.

le applicare quella definizione messa nel Codice di Giustiniano, e che falsamente è attribuita agli imperadori Severo ed Antonino: » *Lis tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit* » (1). Per tal modo essa ha perduto il più notabile de'suoi effetti. Senza dubbio essa continua a far nascere per le parti l'obbligazione di esser giudicate; dal che derivano parecchie delle conseguenze che noi abbiamo già esposte (p. 358); ma non opera più la novazione che estingueva il diritto primitivo. Questo diritto continua tuttavia a sussistere (2).

Anche la sentenza è notabilmente modificata nella sua natura, e ne' suoi effetti. Nella sua natura: la condanna non è più necessariamente pecuniaria, ma può aver direttamente per oggetto la medesima cosa domandata. Il carattere dell'autorità del magistrato (*imperium*) è di poter dare degli ordini e di farli eseguire per forza, per quanto è possibile, non solamente per pagamento di una somma di danaro, ma per qualsivoglia altra sorta di prestazione. In conseguenza nelle *cognitiones extraordinariae* il magistrato non è stato mai assoggettato a questa restrizione, che la sua decisione dovesse necessariamente aver per oggetto il pagamento di una somma di danaro. Siffatta restituzione era esclusivamente propria della procedura formolaria, dunque è coduta con essa senza che ci sia necessario di leggere la sua abrogazione in un testo preciso. Pur nondimeno Giustiniano dice positivamente che la condanna debb'esser o d'una somma di danaro (*certae pecuniae*), o d'una cosa (*rei* — V. qui sopra p. 272 con la nota 4). Ne' suoi effetti la sentenza egualmente non produce più novazione; essa non estingue *ipso jure* il diritto primitivo che la *litis contestatio* ha lasciato sussistere: il soccorso dell'eccezione *rei judicatae* è necessario in tutt'i casi. In quanto alla forma, la sentenza dopo gl' imperadori Valentiniano, Valerio, e Graziano deve a pena di nullità esser ridotta in iscritto; e pronunziata publicamente sulla minuta (*ex periculo recitanda*) (3). Di poi si iscrive in un registro *ad hoc* firmato dal giudice, e da questa, occorrendo, si rilasciano le copie alle parti con estratte del processo verbale (4).

In quanto ai modi di esecuzione forzata, ed ai ricorsi aperti contro la sentenza per via di nullità, di restituzione in intero, o di appello, i principii generali, che noi abbiamo esposti, sussistono sempre con qualche modificazione particolare, che quì non possiamo trattenerci a scrivere.

Questo breve cenno sulla procedura al tempo di Giustiniano ci basterà, e noi possiamo ora passar con sicurezza alla spiegazione del testo della Istituzioni relativo alle azioni. Egli è a notare che questo testo ha lasciato da banda tutto ciò che riguarda la forma; e che non riguarda altrimenti le azioni, che come il diritto medesimo di agire, e sotto questo solo punto di vista ne tratta.

Superest ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur.

Resta al presente che noi ragioniamo delle azioni. E l'azione non è altro che il diritto di chiedere in giudizio quel che si debbe avere.

Questa è la definizione dell'azione presa dal sistema formolario; che si applica unicamente alle istanze di obbligazioni (*quod sibi debetur*) perchè da quì è cominciato l'uso delle formole; e che dinota il diritto conferito dal magistrato di domandare innanzi ad un giudice (*in iudicio*) quel che ci è dovuto (v. sopra p. 300). I compilatori delle istituzioni di Giustiniano prendono questa definizione da giureconsulti del tempo del sistema formolario, e la trasferiscono a'loro tempi; mentre a questi tempi l'azione considerata come un diritto e nel suo più ampio significato non è altro che la facoltà che si ha direttamente e senza una spezial concessione di domandare innanzi all'autorità giudiziaria quel che ci appartiene, o che ci è dovuto: così i diritti reali, come i personali o di obbligazione; dal che procede la prima e principale divisione delle azioni.

Azioni reali (*in rem*), **ed azioni personali** (*in personam*). **Azioni civile, o pretorie, sia reali, sia personali. Azioni pregiudiziali.**

1. *Omnium actionum quibus inter aliquos apud judices, arbitrosve de quacumque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex con-*

(1) *C. 5, 9.* De lit. cont. *1.*
(2) Qui appresso *tit. 13, § 5.*
(3) *C. 7, 44.* De sent. ex peric. recitandis *2 e 5, const. Valent. e Grazian.* — *Periculum* qui è sinonimo di *tabella, libellus;* esso dinota la minuta, il progetto stabilito della sentenza.
(4) Lido, De Magistrat. III. 11.

ravia, vel ex maleficio: quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis. Aut cum ea agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt: veluti, si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat, nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

1. La principal divisione delle azioni tutte portate innanzi ai giudici o agli arbitri per qualsivoglia controversia è di due sorte azioni reali, e azioni personali. Imperocchè ciascuno muove giudizio o con colui che è obbligato per contratto, o per delitto, nel qual caso nascono le azioni personali, per le quali si pretende che l'avversario sia astretto a dare, o a fare, ed in certi altri modi; ovvero muove giudizio contro colui che non gli è obbligato per ragione alcuna, e nondimeno gli muove quistione intorno a qualche cosa, nel qual caso nascono le azioni reali, come sarebbe se qualcuno possedesse qualche cosa corporale, la quale Tizio affermasse esser sua, ed il posseditore dicesse che gli n' è il padrone, poichè se Tizio pretende che quella tal cosa sia sua, la sua azione è reale.

II. *Aeque si agat jus sibi esse fundo forte, vel aedibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure praediorum urbanorum veluti si agat jus esse sibi altius aedes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini aedes. Contra quoque de usufructu et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum invicem quoque proditae sunt actiones, ut si quis intendat jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendi, projiciendi immittendi. Istae quoque actiones in rem sunt sed negativae. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est, nam in his agit qui non possidet, non est actio prodita per quam negat rem actoris esse.* Sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, *sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.*

2. Similmente se qualcuno intenti un' azione sostenendo ch'egli ha ragione di usare e fruire di un fondo, o di una casa, o di andare o condurre per il fondo del vicino, o di cavar acqua dal fondo del vicino, l'azione è reale. Di questa medesima maniera è l'azione del diritto de' poderi urbani, come sarebbe se qualcuno pretendesse di aver diritto di fabbricare le sue case più alte, o di guardare, o di gittare qualche cosa, o di appoggiare le travamenta nelle case del vicino. E son nate vicendevolmente azioni dell'usufrutto, e delle servitù de' poderi rustici, e degli urbani contrarie a quelle che abbiam dette, come sarebbe se qualcuno pretendesse che l'avversario non avesse diritto di usare e fruire, di andare e condurre, o cavar acqua e similmente di alzare e guardare, di gittare, o appoggiare; le quali azioni son tutte reali, ma negative. Questa sorta di azioni non ha luogo nelle cose corporali, perchè in queste solo colui che non possiede può far da attore, ma il possessore non ha niuna azione per negare che la cosa appartenga all'attore. *Vi è nondimeno un solo caso, nel quale colui che possiede può far le parti di attore,* siccome più a proposito si vedrà ne' libri più estesi del Digesto.

Non accade di ripeter qui quel che abbiam già detto (p. 310) intorno alla natura delle azioni *in rem*, o *in personam*, ed all'origine della loro denominazione. Noi daremo solamente alcuni particolari sulle azioni reali, delle quali tratta il § 2. e che han per oggetto diritti di servitù.

Per la piena ed intiera proprietà l'azione *in rem*, o in altri termini la *rei corporalis vindicatio* non si può presentare che in una sola ipotesi, quando cioè la cosa di cui io pretendo esser proprietario è nel possesso di un'altro; dal che viene la necessità per me di attaccare il possessore per sostenere, e provare che la cosa appartiene a me. In fatti se io medesimo la posseggo, non ho alcuna azione da intentare relativamente alla proprietà; basta, se vi è bisogno, di farmi mantenere nel mio possesso per via degl'interdetti (1). A quelli che si pretendesser proprietari spetterebbe di attaccar me, e di far la pruova del loro diritto.

Ma pe'diritti di servitù qualunque essi sieno, i quali non son altro che frazioni del diritto di proprietà, la cosa va altrimente, perchè i varii frammenti possono esser divisi ed esercitati ciascuno da una diversa persona. Possono dunque incontrarsi due ipotesi: o io pretendo avere un diritto di tal natura sopra una cosa, di cui un altro è possessore, ed allora la mia pretensione si reassume in questa formola: « *si paret jus utendi fruendi* (o *jus eundi agendi*, o qualunque altro diritto) *mihi esse* ». Ovvero essendo io possessore e proprietario di una cosa, un'altro esercita su questa cosa un diritto di servitù qualunque ed io voglio far cessare questo godimento che pretendo non esser fondato, ed allora io attacco colui che esercita questo tal diritto, e la formola della mia pretensione si riduce in reassunto a questo: « *Si paret ius utendi fruendi fundo meo* (o *ius eundi agendi*, o qualunque altro diritto) *adversario non esse* ». Precisa-

(1) *D. 43, 17.* Uti possidetis *1 § 6, Ulp.*: « *Interdictum autem possessorem praedii tuetur, quod* et uti possidetis: *actio enim numquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei quod possideat* ».

mente a cagione di questo modo in cui la formola è conceputa, i giureconsulti romani chiamavano l'azione *in rem* per un di itto di servitù, nel primo caso, confessoria (*actio confessoria*); e nel secondo, *negatoria* (*actio negatoria, o negativa*) (1). Per la proprietà sarebbe cosa ridicola, e di niun profitto il formolare una pretensione negativa in questi termini: io sostengo che il tale non è proprietario di questo fondo; per essa dunque non vi può esser azione negatoria. Se per le servitù la cosa va altramente, questo avviene perchè in sostanza, come bene avverte Teofilo nella sua Parafrasi, la formola negatoria si risolve in una vera affermazione di diritto; in fatti essa significa questo: io sostengo che il tal fondo appartiene a me in piena ed intera proprietà, e che la frazione di questo diritto di proprietà che il tale si attribuisce, a me si appartiene; sicchè si tratta di una vera rivendicazione di questo tale frammento di proprietà, che un altro ingiustamente pretende di esserne stato separato.

Fin quì noi abbiamo supposto che quegli il quale reclama sia per l'azione *confessoria*, sia per l'azione *negatoria* un diritto di servitù, non abbia l'esercizio, il quasi possesso di questo diritto. In fatti più di frequente queste azioni sono intentate la prima contro uno che possiede la cosa come libera; la seconda contro uno che esercita la servitù, e che l'attore vuol far cessare da quest'esercizio. Ma potrebbero queste azioni esser intentate da chi ha di già l'esercizio legale della servitù che reclama, o il possesso libero della cosa sua, pel motivo ch'egli fosse turbato o minacciato nel suo godimento, o che avesse ragion di temerlo? In una parola può esercitarsi l'azione confessoria, o la negatoria anche da colui che è nel quasi possesso del diritto reclamato? Noi pensiamo che sì. In ciò vi è una manifesta differenza tra i reclami di servitù, e quei di proprietà, tra la *vindicatio* delle cose incorporali, e *la rei corporalis vindicatio*. In quanto a quest'ultima, quegli che già è possessore non può intentarla: egli ha gl'interdetti per far rispettare il suo possesso, e questo gli basta (*sufficit ei quod possideat*). Ma la medesima regola non si può, secondo noi, applicare alle rivendicazioni di servitù. E la prima ragione deriva dal principio generale che non si dà vero possesso d'una cosa incorporale, com'è un diritto di servitù. Se la giurisprudenza è giunta al termine di riconoscere una sorta di possesso nell'esercizio del diritto, questa non è una ragione per applicare a siffatto quasi possesso tutti gli effetti del vero possesso. Così questo quasi-possesso non produceva l'usucapione; così esso non dava, in origine, gl'interdetti possessorii; solo per estensione e per utilità la giurisprudenza gli ha più tardi applicato quest'interdetti, sotto la qualifica di interdetti utili (2). Di tal che ad una certa epoca il quasi possessore tuttochè avesse l'esercizio del diritto, se era turbato o minacciato in questo esercizio, non avea altro rimedio che l'azione confessoria, o negatoria; e di poi anche quando gl'interdetti quasi-possessorii gli furono per utilità conceduti, egli conservò il diritto di esercitar queste tali azioni, se così gli parea meglio (3)

Sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet. Noi non seguiremo i comentatori che da lunga pezza si son tormentati per sapere quel'è il caso unico, al quale il nostro testo fa allusione, e che dovrebbe trovarsi più ampiamente esposto nel Digesto. Purchè si sia di accordo intorno a'principii, il resto poco importa. Il nostro dotto collega Ducaurroy vede questo caso unico, in quello del proprietario, il quale attaccato con l'azione Pubbliciana respinge quest'azione per mezzo dell'eccezione *justi dominii* della quale parleremo sotto il § 4. e che quantunque in possesso della sua cosa, è allora obbligato di provare il suo diritto di proprietà (4). Senza dubbio egli ha l'obbligo della pruova, ma che questo sia il caso unico di che si tratta nel nostro testo, ci par

(1) *D. 8, 5.* Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur 2, *pr. f. Ulp.*

(2) *D. 41, 2.* De acquir. posses. 5, *pr. f. Paul.*: « *Possideri autem possunt quae sunt corporalia* ». *8, 1.* De serv. *20, f. Javol.*: « *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque interdicta veluti possessoria constituta sunt* » — *41, 1.* De acquir. rer. dom. *43,* § *1, f. Gai.*: « *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est* » — *8. 1.* De servit. *14, f. Paul.* «*Servitutes...etiamsi corporibus accedunt corporales tamen sunt: et ideo usu non capiuntur ... etc.*» — *Vatic. J. Fragm.* §§ *90*, e *91*: « *Inde et interdictum* uti possidetis *utile hoc nomine proponitur*, *et* unde vi, *quia non possidet* ».

(3) Questo altronde risulta testualmente secondo noi, da' seguenti frammenti: *D. 8, 5.* Si servit. vindic. *4,* § *5, f. Ulp.*; *16, f. Julian.*; 8, § *5, f. Ulp.*; *1,* § *3, f. Pomp.*

(4) *D. 6, 2.* De Publiciana *16, f. Papin.* e *17, f. Nerat.*

cosa molto dubbia. Il testo parla di un caso di azione (1): or l'esempio allegato è un caso d'eccezione nel quale noi non vediam altro che l'applicazione della regola generale che chi oppone un'eccezione ne dee provare il fondamento. In quanto a noi dividiamo l'opinione di coloro i quali pensano che nel testo del nostro paragrafo si tratta del caso medesimo che in questo paragrafo è proposto, cioè del caso che il proprietario in possesso della sua cosa eserciti l'azione negatoria, per negare un diritto di servitù pel quale è turbato, o pel quale è soltanto minacciato.

III. *Sed istae quidem actiones, quarum mentionem habuimus, et si quae sunt similes ex legitimis et civilibus causis descendunt. Aliae autem sunt quas praetor ex sua jurisdictione comparatas habet, tam in rem quam in personam, quas et ipsa necessarium est exemplis ostendere. Hoc plerunque ita permittitur in rem agere ut vel actor diceret se quasi usucepisse quod non usuceperit, vel ex diverso, possessorem diceret adversarium suum non usucepisse quod usuceperit.*

3. Queste azioni delle quali abbiamo fatto menzione, e se altre si trovano simili a queste, discendono da cause legittime e civili. Ma vi sono altre azioni, che il pretore dà per sua giurisdizione, tanto reali, quanto personali, le quali è necessario che noi dimostriamo con esempii. Così il pretore dà sovente un'azione reale nella quale permette all'attore di allegare come compiuta l'usucapione che realmente non è compiuta, o in senso inverso, come non compiuta dal possessore suo avversario l'usucapione che effettualmente è compiuta.

La divisione tra il diritto civile e il diritto pretorio è generale, e s'incontra costantemente nel diritto romano. Noi l'abbiam veduto a proposito delle persone, della proprietà, delle successioni, delle obbligazioni: qui la troviamo ancora come punto principale a proposito delle azioni, le quali si dividono in azioni civili, e pretorie tanto per le azioni reali, quanto per le personali.

Noi sappiamo che i due procedimenti principali adoperati dai pretori per munire di azioni de' casi non sanzionati dal diritto civile erano stati o di compilare la formola sopra una finta ipotesi (*fictitiae actiones*); o più sovente di ridurla *in factum* (*actiones in factum conceptae*. Ved. p. 2 2). I tre paragrafi che seguono ci danno degli esempii d'azioni finte *in rem*.

IV. *Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit veluti ex causa emptionis aut donationis, aut dotis, aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est: si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam; quippe ita proditae sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse. Quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio Praetore in edicto proposita est.*

4. In fatti se sarà stata data qualche cosa ad alcuno per giusta causa, come sarebbe per causa di compra, o di donazione, o di dote, o di legato, e questi per qualche caso ne abbia perduto il possesso prima di averne per l'usucapione acquistata la proprietà, non ha alcuna azione reale diretta per ricuperare quella tal cosa, perchè le azioni civili per rivendicazione non competono che al proprietario. Ma perchè era cosa dura che mancasse l'azione in siffatto caso, fu trovata dal pretore un'azione, nella quale colui che ha perduto il possesso dice che egli si ha acquistata mediante l'usucapione quella cosa, e però la reclama come sua. La qual'azione è chiamata pubbliciana, perchè il primo che la proponesse per editto fu il pretore Pubblicio.

Qui si tratta dell'azione Pubbliciana della quale abbiam già parlato più d'una volta (vol. 1. p. 287 nota 1. 294, e qui sop. pag. 319 esposto secondo Gaio). la formola). Noi abbiamola di quest'azione finta. Sotto Giustiniano non vi è più luogo a siffatta redazione formolaria, nè all'enunciazione fittizia dell'ipotesi che vi si contiene. L'azione medesima ha perduto parecchi fra' suoi casi di applicazione. Ma per quelli che le son rimasti restano le conseguenze.

In fatti da ciò che abbiam detto trattando dell'usucapione e della prescrizione (vol. 1. p. 286 e seg.) risulta che l'azione Pubbliciana poteva avere applicazione in quattro casi distinti: 1° Quando una cosa *mancipi* era stata data dal proprietario (*a domino*) ma senza mancipazione o altro modo quiritario di acquistare, ed il possessore che era in via di acquistar per usucapione, ne avea perduto il possesso prima di decorrere il tempo necessario all'usucapione. Egli allora non essendo ancora *dominus ex jure Quiritium*, non poteva esercitare la *rei vindicatio* civile; ma il diritto pretorio gli dava la Pubbli-

(1) Ved. la Paraf. di Teof. il quale dice positivamente: « *Uno autem solo casu possessor* actionem in rem movere potest: Ἐνὶ δὲ μόνῳ θέματι ὁ κεκτημένος δύναται κινεῖν τὴν il che non lascia alcun dubbio sulla parte di attore che ha il possessore.

(2) *D. 8, 5.* Si servit. vindic. *6, § 1. f. Ulp.*; « *Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse cum juris, et petitorem...etc.* »

ciana; 2.° Quando una cosa o *mancipi*, o *nec mancipi* era stata ricevuta da qualcuno per una causa traslativa di proprietà (*ex justa causa*), e di buona fede, ma da una persona che non era il proprietario (a *non domino*), ed il possessore egualmente in via di acquistarla per usucapione ne veniva a perdere il possesso prima del tempo richiesto per l' usucapione. 3.° Quando non si trattava di usucapione, ma soltanto di prescrizione cominciata, o anche compiuta p. e. riguardo a' fondi provinciali, e quegli, a vantaggio del quale correva o erasi compiuta la prescrizione, veniva a perdere il possesso della cosa. Egli non poteva intentar la *rei vindicatio* civile perchè la prescrizione anche compiuta non faceva acquistar la proprietà; ma avea la Pubbliciana (vol. 1. p. 287 not. 1). 4.° Finalmente anche nel caso dell'acquirente che sia realmente divenuto proprietario, ma che avendo perduto il possesso della cosa preferisca di intentar l'azione Pubbliciana piuttosto che la *rei vindicatio* civile, perchè la Pubbliciana non l' obbliga come la *rei vindicatio* a giustificare il diritto di proprietà de' suoi autori (vol. 1. p. 295 nota 1). Sotto Giustiniano il primo di questi casi non esiste più perchè è tolta la differenza tra le cose *mancipi*, e *nec mancipi*; nè il terzo, perchè l' usucapione e la prescrizione si son fuse insieme: dunque non rimane che il secondo ed il quarto caso. E però ne' termini dell' editto rapportati nel Digesto le parole *a non domino* che verisimilmente non vi erano vi furono per interpolazione aggiunte (vol. 1. p. 295 not. 2.).

L'azione Pubbliciana non può aver luogo per le cose che son colpite d'inalienabilità; nè per le cose furtive, nè per lo schiavo fuggitivo, nè per qualunque altro oggetto che abbia un vizio il quale impedisce l' usucapione (1). Nondimeno essa si applica all'usufrutto ed alle servitù tanto rustiche quanto urbane. Benchè queste cose per cagione della loro natura incorporale non fossero suscettive di usucapione propriamente detta (2), pure eran capaci di un certo acquisto pretorio mediante un lungo uso (vol. 1. p. 267), e questo bastava per fare applicare ad esse la Pubbliciana.

Se l'azione Pubbliciana nel secondo caso di applicazione che abbiamo indicato e che è il solo che le sia rimasto proprio sotto Giustiniano, sia intentata contro il vero proprietario, in questo caso sarebbe cosa ingiusta, e contraria alla destinazione medesima di quest'azione il farle produrre il suo effetto. In conseguenza il proprietario ne impedirà l'effetto opponendo un' eccezione fondata sulla ragione che il dominio della cosa appartiene a lui. Questo è ciò che si addimanda *exceptio iusti dominii* (3),

Se è intentata contro un possessore che è anch'esso in via di usucapire, o di prescrivere, generalmente si osserva questa regola che tra due diritti uguali la causa del possessore attuale è la più favorevole (4).

A Publicio praetore. Questo Pubblicio è verisilmente Q. Pubblicio che fu pretore a' tempi di Cicerone (5).

V. *Rursus ex diverso, si quis cum Reip. causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset usucoperit; permittitur domino si possessor Reip. causa abesse desierit, nunc intra annum rescissa usucapione eam petere, id est ita petere ut dicat possessorem usu non capisse et ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam et aliis simili aequitate motus praetor accomodat sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.*

5. Per l'opposto se alcuno essendo andato fuori per affari della repubblica, o essendo in podestà de' nemici [si] avesse acquistata per usucapione la cosa appartenente [ad una persona rimasta nella città, si concede a costui che *fra un anno* da che il possessore è ritornato possa domandar quella tal cosa facendo rescinder l'usucapione, cioè dicendo che l'usucapione non ha avuto luogo, e che perciò quella tal cosa è sua. La qual sorta d'azione il pretore mosso dall'onestà e dal dovere ha conceduta eziandio ad alcune altre persone, siccome si può vedere nel volume più ampio del Digesto o delle Pandette.

Nel paragrafo precedente la finzione pretoria sta nel supporre compiuta una usucapione che non è effettualmente compiuta; in questo al contrario sta nel supporre non compiuta un' usucapione che realmente è compiuta. La prima è a vantaggio del possessore che non ha ancora acquistata la cosa per usucapione; la seconda per contrario è a vantaggio del proprietario, la cui cosa è stata acquistata

(1) *D. 6. 2.* De Public. in rem act. *9*, § *5*, *e 12* § *4*, *f. Ulp.*
(2) *D. 6, 2.* De Publ. in rem act. *11*, § *1*, *f. Ulp.*
(3) *Iv. 16, f. Papin.*, *e 17, f. Nerat.*
(4) *Ivi 17, f. Nerat.*; *e D. 19, 1.* De act. emp. *51*, § *2*, *f. Nerat.* — Ved. nondimeno la distinzione professata su tal materia da Ulpiano secondo Giuliano *D. 6, 2, 9* § *4*.
(5) Cic. *Pro Cluent.* 45.

nediante l'usucapione. Il pretore dà a questo ex-proprietario in taluni casi, e per certe ragioni peculiari l'azione reale di rivendicazione fondata sulla finta ipotesi che l'usucapione non abbia avuto luogo. Sicchè l'usucapione è considerata come non avvenuta; è rescissa (*rescissa usucapione*). Questa è una specie di *restitutio in integrum* per mezzo di un'azione rescissoria, secondo la qualifica che i comentatori danno a queste sorte di azioni.

Questa azione fittizia, il cui effetto è di rescindere una usucapione compiuta, si presenta in due differenti ipotesi:

1° Mentre un proprietario è assente per ragionevole timore (*metu*), o per un pubblico servigio (*reip. causa*), o perchè è ritenuto in ceppi, in servitù, in cattività appresso i nemici (*inve vinculis, servitute, hostiumque, potestate*), può avvenire che una cosa a lui appartenente sia acquistata da altri per usucapione; e questo poteva avvenir di frequente allorchè il termine dell'usucapione era soltanto di uno, o due anni. Il pretore prendendo in considerazione l'impossibilità di difendere i proprii diritti, nella quale il proprietario è stato per cagione della sua assenza, farà rescinder questa usucapione per mezzo dell'azione reale fittizia che gli darà. Quest'azione qui è data per proteggere l'assente: è però era mestieri che l'assenza avesse una giusta causa, siccome son quelle che noi abbiamo accennate (1).

2° Ma può parimente incontrare, che il possessore il quale è in via di acquistar per usucapione sia assente. Il proprietario per cagione di quest'assenza può esser nell'impossibilità d'interrompere l'usucapione; perciocchè, siccome abbiamo già veduto (qui sop. p. 336), nella procedura de' Romani non si può intentare azione contro chi è assente e non è difeso da alcuno nè *procurator*, nè *cognitor*, anche se egli si tenesse celato, o per frode si fosse messo in istato da non poter esser raggiunto dalla *in ius vocatio*. Il pretore per verità poteva adoperar de' mezzi indiretti per costringerlo a presentarsi, come sarebbe la *missio in possessionem* (qui sop. p. 238); ma in fine se per una ragione qualunque egli non si presentava, l'azione era impossibile; e quindi in tal caso l'usucapione si compiva a vantaggio dell'assente, senza che vi fosse modo d'interromperla. Ma il pretore farà rescindere anche questa usucapione dando al proprietario l'azione reale fittizia. Quest'azione in tal caso ha lo scopo di proteggerlo contro l'assente; essa dunque ha luogo, qualunque sia la cagione dell'assenza. Il nostro testo, a dir vero, parla solo dell'assenza per la repubblica, o per effetto di cattività, ma è chiaro che sarebbe lo stesso a più forte ragione se l'assenza fosse frodolenta, o senza causa legittima (2).

L'azione di cui qui ragioniamo portava ne' suoi due casi di applicazione il nome di Pubbliciana non altrimenti che quella di che si tratta nel precedente paragrafo: e la ragione è senza dubbio perchè proveniva dal medesimo pretore. I comentatori per distinguerla la chiamano azione Pubbliciana rescissoria. Sicchè vi ha due sorte di azioni Pubbliciane: l'una per far reputare compiuta un'usucapione che non è compiuta; l'altra per far reputare non avvenuta un'usucapione che realmente è compiuta. Quest'ultima si suddivideva in due diversi casi di applicazione: l'uno fondato sull'assenza legittima del proprietario; l'altro sopra un'assenza qualunque del possessore. Il nostro paragrafo delle Istituzioni parla soltanto di quest'ultimo caso; e nondimeno questo è il caso la cui applicazione divenne inutile sotto Giustiniano, perciocchè Giustiniano diede al proprietario un mezzo facile d'interrompere l'usucapione contro il possessore assente, mediante una protesta fatta o di persona, o per libello innanzi al presidente, o anche per iscritto innanzi al Vescovo, al difensore della città; o in difetto, con la sottoscrizione di tre testimoni (3).

Intra annum. L'azione Pubbliciana rescissoria avendo a scopo di far distruggere un effetto del diritto civile era stata limitata dal pretore alla durata di un anno (4). Quest'anno dovea cominciare a decorrere dal giorno in cui l'ostacolo che impediva di agire era cessato « *Intra annum quo primum de ea re experiundi po-*

(1) *D. 4, 6.* Ex quib. caus. maj. in integ. *restit.*, § *1, f. Ulp.*; ove troviamo i termini dell'editto; ved. anche le leggi 2, 9, 13, 14, e 15, del medesimo titolo.

(2) *D. 4, 6.* Ex quib. caus. maj. *1*, § *1, f. Ulp.*; *1, pr.* e §§ *1* e *2.*; *22, 23,* e § *4.*; *25*, *26*, § *2* e *5.*

(3) *C. 7, 40.* De ann. except. *2, const. Justin.*

(4) *D. 44, 7.* De oblig. et act. *35, f. Paul.*; « *Item* (etiam post annum datur) *Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur; quia contra ius civile datur.* »

testes erit » diceva l'editto (1). Questo era l'anno utile (2). al quale Costantino sostituì in certi casi di restituzione diversi termini continui (3), ed al quale Giustiniano sostituì generalmente il termine di quattro anni continui applicabile per tutto l'impero, e per tutte le restituzioni sia di minori, sia di maggiori (4).

Quibusdam et aliis. Questa frase fa allusione a'diversi altri casi di restituzione *in integrum* che possono egualmente effettuarsi mediante un'azione reale fittizia e rescissoria. Tal'è p. e. il caso in cui essendo fatta un'alienazione o da un minore di 25 anni che è stato leso, o da un maggiore di 25 anni che ha operato per timore, quest'alienazione tuttocchè valida secondo il diritto civile, può esser rescissa mediante un'azione reale fittizia che il pretore da al minore, o al maggiore contro qualunque detentore, e che si fonda sulla finta ipotesi che l'alienazione non abbia avuto luogo (5).

VI. *Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit; bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.*

6. Similmente se qualcuno farà la tradizione di una sua cosa ad alcuno, per frodare i creditori, questi dopo aver ottenuto per sentenza del presidente il possesso de' beni del debitore, possono rivendicar questa cosa facendo rescinder la tradizione, cioè dicendo che la tradizione non ha avuto luogo, e che per conseguente la cosa è rimasta ne' beni del debitore.

L'azione della quale qui si tratta è assolutamente della medesima natura che le precedenti: essa è un' azione reale finta e rescissoria, ed è chiamata, dice Teofilo nella sua Parafrasi: azione Pauliana. Le manomissioni fatte in frode de' creditori erano nulle secondo il diritto civle, giacchè una legge speciale la legge Ælia Sentia così avea formalmente ordinato (Vol. p. 104 e seg.) Ma non era lo stesso per le alienazioni: niuna disposizione del diritto civile le colpiva di nullità, benchè fossero state fatte in frode dei creditori; esse dunque rimanevano valide secondo il rigore di questo diritto. Ma intervenne l'editto del pretore, ed apprestò un mezzo di far rescindere siffatte alienazioni. Quando i creditori erano stati messi in possesso de'beni del debitore (*bonis a creditoribus possessis*), e si trovavano così investiti dell'esercizio de'suoi diritti, il pretore rescindendo la tradizione, l'alienazione fatta (*rescissa traditione*), dava loro contro ogni detentore delle cose alienate frodolentemente l'azione di rivendicazione con una *formula fictitia* fondata sulla finta ipotesi che questa cosa non fosse stata consegnata o alienata. Di tal fatta è l'azione di che tratta il nostro paragrafo. Del restante noi sappiamo per ciò che abbiam detto delle manomissioni (Vol. 1. pag. 104 e 105) che cosa si dee intendere per alienazioni fatte in frode de'creditori; sappiamo che si richiede il fatto, e l'intenzione (*eventus et consilium*); il fatto dell'insolvibilità, l'intenzione di deludere i creditori.

Quel che abbiam detto non lascia dubitar della natura dell'azione Pauliana di cui parla il nostro Paragrafo. Essa è un'azione *in rem*, Teofilo formalmente lo dice nella sua Parafrasi; e lo dice eziandio il nostro testo per queste parole: *eam rem petere*; del resto l'oggetto di questi paragrafi è di esporre le azioni reali pretorie: le azioni personali verranno più appresso a cominciare dal § 8. Finalmente (e ciò è più decisivo) ora che Gaio ci ha fatto conoscere nel loro tenore le formole fittizie (qui sop. p. 318) noi sappiamo perfettamente che cosa è un'azione di rivendicazione istituita sopra una formola cosiffatta. Tuttavia quest'azione Pauliana *in rem* non è indicata in tutto il corpo di diritto di Giustiniano salvochè nel presente paragrafo, tranne questo, non s'incontra in alcun'altra parte. Nel suo luogo, e sotto il medesimo nome di azione Pauliana (6) noi troviamo un'azione *in personam* conceputa *in factum* ed arbitraria la quale si da per rivocare non pure le alienazioni, ma qualunque altro atto fatto dal debitore in frode de'creditori, pel quale egli abbia diminuito il suo patrimonio, come sarebbe a dire le accettilazioni, o altre remissioni di debiti ch'egli avesse fatte, le obbligazioni frodolente che avesse contratte; ma fra questi

(1) D. *4, 6.* Ex quib. caus. maj.
(2) *C. 2, 54.* De restit. milit. *3, const. Alex.*
(3) *C. Theod. 2, 16.* De in int. rest. *2, const. Constant.*
(4) *C. 2, 53.* De tempor. in integr. rest. *7, const. Justinian.* Nondimeno per l'azione di dolo il termine di due anni che Costantino avea stabilito, fu mantenuto nel Codice di Giustiniano; *C. 2, 21.* De dolo malo *8, const. Const.*
(5) *D. 4, 4.* De minor. *13,* § *4, f. Ulp.* — *D. 4, 2.* Quod. met. caus. *9,* § *4, f. Ulp.* — Ved. qui sopra p. 330 che abbiam detto delle restituzioni *in integrum.*
(6) *D. 22, 1.* De usur. *38, pr. e* § *4, f. Paul.*

non son comprese le repudiazioni d'eredità o di legati, perchè in questo caso egli non s'impoverisce, ma soltanto trascura di guadagnare (1). L'azione non si dà contro ogni detentore, perciocchè essa non è *in rem*, ma soltanto contro il debitore che ha commesso la frode e contro le persone che trattando col debitore avean conosciuto la frode, quantunque per avventura non possedessero più; o anche contro quelle che non avendo conosciuto la frode avean da lui ricevuto de'beni a titolo gratuito; ed in quest'ultimo caso l'azione si dava fino alla concorrenza di quanto i donatarii aveano vantaggiato (2).

In somma i creditori messi in possesso de'beni del loro debitore aveano per far rivocare gli atti fatti in frode de'loro diritti due sorte di azioni Pauliane, che non son da confondere l'una con l'altra: 1.° L'azione Pauliana *in rem* la quale applicavasi soltanto al caso di alienazione, e non era altro che una *rei vindicatio* fondata sopra una *formula fictitia*, mediante la quale reclamavano e ricuperavano dalle mani di qualunque detentore le cose frodolentemente alienate; questa fuor d'ogni dubbio è la più antica, ma di poi fu forse la meno frequente che il pretore concedesse. 2° L'azione Pauliana *in personam* la quale si applicava a tutti gli atti frodolenti, e si dava contro il debitore, contro i complici della sua frode, o contro coloro che ne aveano profittato a titolo gratuito, anche quando non possedessero più (3).

VII. *Item serviana et quasi serviana quae etiam hypothecaria vocatur ex ipsius* praetoris *jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis* de rebus coloni, *quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenetur. Quasi-Serviana autem qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur; sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam quae sine traditione, nuda conventione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.*

V. Similmente l'azione Serviana e quasi-Serviana, la quale è eziandio chiamata ipotecaria riceve forza e vigore dalla giurisdizione del *pretore*. La Serviana si esercita *sulle cose del colono* le quali sono per ragion di pegno obbligate al pagamento del fitto. La quasi-Serviana è quella per la quale i creditori perseguono i loro pegni o ipoteche. Ma tra il pegno, e l'ipoteca, per quanto s'aspetta all'azione ipotecaria non v'è differenza niuna; poichè sotto qualunque di questi nomi è compresa quella tal cosa la quale s'è convenuto tra il debitore e il creditore che resti obbligata per il debito. Ma nelle altre vi è differenza; sicchè sotto questo nome di pegno s'intende contenersi quella cosa che si dà effettualmente al creditore, e massime essendo cosa mobile. Ma quella che senza essere effettualmente data è obbligata per semplice convenzione, si appella propriamente ipoteca.

Noi abbiamo già considerato il pegno come contratto (sop. p. 88), qui è riguardato sotto l'aspetto del diritto reale che conferisce al creditore. Sotto questo aspetto si dee trattar nel tempo medesimo del pegno (*pignus*), e dell'ipoteca (*hypotheca*), ai quali si riferisce, ma unicamente come quistione di grado in alcuni casi particolari, la nozione di ciò che da'moderni vien detto privilegio (4).

Ne'tempi primitivi coloro che per torre ad imprestito, o per sicurezza di alcun'altra obbligazione desideravano ottener credito, trasferivano per la mancipazione al creditore la proprietà di qualche oggetto, di tutti, e di parte de'loro beni, talvolta anche della loro propria persona, ma con la clausola di fiducia (*sub fiducia*), con la legge di riemancipazione (*sub lege remancipationis*): vale a dire con la clausola, che dopo pagato il debito dovesse esser loro restituita la proprietà. In questo caso, e salvo le conseguenze di siffatta clausola, il creditore diveniva proprietario *dominus ex jure Quiritium*, ed avea la *rei vindicatio*.

Per risparmiare al debitore la durezza, ed i rischi di cosiffatta alienazione il creditore si contentò della semplice consegna di un oggetto, ch'egli riteneva per sicurezza del suo credito. Questa fu l'origine del pegno (*pignus*). Ma da principio i diritti del creditore furono unicamente subordinati alla detenzione della

(1) *D. 42, 8.* Quae in fraud. cred. 1 § 2, *f. Ulp.*; 5, *e 6, pr.* §§ 1, *e* 2, *seg. f. Paul.*

(2) *Ivi 6,* § 11, *f. Ulp.*; *9, 10,* § 2, *e 25, f. Ulp.*; 14, *f. Ulp.*; 25.

(3) Così nel caso di violenza quegli che n'era stato la vittima avea o un'azione finta e rescissoria *in rem* in caso di allenazione, o l'azione personale del quadruplo *Quod metus causa* se preferiva questa, e per qualsivoglia oggetto (*D. 4, 9. Quod met. caus. 9,* §§ 3, 4, e 6, *f. Ulp.*

(4) *D. 20, tit. 1.* De pign. et hypoth. *e tit. seg.* — *C. 8, tit. 14.* De pign. et hyp. e *tit. seg.* — Si posson consultare sulla materia i testi che il nostro onorevole collega Pellat ha pubblicati con la loro traduzione, ed a'quali ha aggiunta la traduzione di un breve trattato sul medesimo argomento opera di Fr. Ad. Schilling. Parigi 1840 in 8.°

cosa; per modo che se egli ne veniva a perdere il possesso, non avea alcuna azione *in rem* contro i terzi detentori.

Un pretore per nome Servio che noi non sappiamo a quali tempi vivesse, ma che pare anteriore a Cicerone, e che malamente si è confuso col celebre Servio Sulpizio contemporaneo del grande oratore, fu il primo a dare contro i terzi detentori un'azione pretoria *in rem*, malamente in un caso speciale, cioè al locatore di un podere rustico relativamente alle cose obbligate dall'affettuale (*colonus*) per sicurezza del prezzo dell'affitto. Quest'azione presa dal pretore che l'avea introdotta il nome di azione Serviana (*Servianа actio*) (1).

Questa da' seguenti pretori estesa ad ogni altro caso di pegno prese il nome di azione quasi-Serviana.

Finalmente il diritto pretorio fece l'ultimo passo, ammettendo che per la semplice convenzione, senza fare al creditore niuna tradizione dell'oggetto obbligato al pagamento del debito, gli si potrebbe conferire su quest'oggetto il medesimo diritto reale, che se gli si fosse dato in pegno (2): vale a dire il diritto di farlo vendere se fosse mestieri, e di farsi pagare sul prezzo in preferenza di ogni altro creditore, con l'azione reale *quasi-Serviana* contro i terzi detentori. Questo diritto reale porta il nome d'*hypotheca*, e l'azione quello di *quasi-serviana* o *hipothecaria actio*. Quest'azione pretoria offriva un'anomalia particolare nel diritto romano, quella di un diritto reale costituito per la sola convenzione, ma nel tempo stesso procurava un mezzo comodo e spedito di ottener credito, giacchè il debitore poteva per questo modo dare in garentia al creditore una cosa senza privarsi nè del suo uso, nè dal suo possesso. L'ipoteca già era in uso al tempo di Cicerone, in fatti noi la troviamo menzionata ne' suoi scritti (3).

Il pegno adunque e l'ipoteca differiscono in questo senso che nel primo vi ha consegna della cosa al creditore, e nell'altra, semplice convenzione; ma del restante il diritto di farsi pagare in preferenza degli altri creditori, ed il diritto di agire mediante l'azione *quasi-Serviana* contro i terzi detentori esistono, e sono i medesimi così nell'un caso, come nell'altro; di tal che per questo riguardo i giureconsulti romani a buon diritto hanno scritto: «*Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt* (4). Sicchè queste due espressioni sono soventi volte prese l'una per l'altra, e si può dire che in ogni pegno vi ha un' ipotheca, come in ogni ipoteca vi ha un pegno.

Ogni cosa suscettiva di compra vendita può esser data in pegno o ipoteca, senza distinguere, come si fa presso noi, tra i mobili, e gl'immobili: tanto le cose corporali quanto quelle incorporali, come un usufrutto, un credito: tanto le cose particolari (*singulares*) quanto le universalità (*rerum universitates*); si può anche convenire che l'ipoteca colpirà tutt' i bene presenti e futuri di colui che la consente (5).

La natura del pegno e dell'ipoteca è tale che il diritto esiste per intero, per tutto il credito, e per tutti i suoi accessorii non solamente sul tutto della cosa ipotecata, ma anche sopra ciascuna delle sue parti e de'suoi accessori. Per modo che se vi ha p. e. pagamento parziale o divisione del pebito o del credito la cosa non rimane meno ipotecata per intero, pel residuo, o per ciascuna frazione di ciò che è dovuto; o se al contrario la cosa viene a perire in parte, o ad esser divisa, ciascuna frazione di questa cosa non resta meno obbligata per la totalità di ciò che è dovuto. Questo principio si esprime dicendo che l'ipoteca è indivisibile.

I diritti del creditore gagista, o ipotecario consistono: 1° Nel diritto di far vendere la cosa (*ius vendendi seu distrahendi*); 2° nel diritto d'esser pagato sul prezzo in preferenza degli altri creditori; 3° nel diritto di rivolgersi contro i terzi detentori per la garentia e l'esercizio de' predetti diritti.

1° Il diritto di far vendere la cosa pare non essere esistito nella prima origine del pegno, il quale allora si limitava ad una semplice facoltà di ritenere; ma per lo svolgimento dell'istituzione è divenuto di regola essenziale, ed il patto contrario *ne vendere liceat* non toglierebbe questo di-

(1) Pare che l'uso di far obbligare dall'affittuale le cose da lui recate per la coltivazione del fondo era antico e generale appresso i Romani, giacchè CATONE De re rustica *146*, dice. « *Quae in fundo illata erunt pignori sunto* ».

(2) *D. 20, 1.* De pignor. *4, f. Gai.*; « *Contrahitur hypotheca per pactum conventum cum quis paciscatur*, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae ».

(3) Cic. *Ad familiar. XIII, 56.*

(4) *D. 20.* De pign. et hyp. *5*, § *1, f. Marcian.*

(5) *D. 20, 1.* De pign. *9*, § *1, f. Gai*, *13, pr. f. Marcian.*; *15, pr. f. Gai, 29, pr.* e § 3. *f. Paul. 54*, § *2, f. Marcian.* — *C. 8, 17.* Quae res pign. oblig. vel non *4, const. Alex.*

ritto al creditore ipotecario (V. I. p.313). La vendita non può esser fatta prima della scadenza del debito, e può farsi soltanto pel credito ipotecario, e nelle forme regolate o dalla convenzione, o in difetto, dalle leggi (1). La clausola detta *lex commissoria* per la quale il creditore, ed il debitore convenissero che in difetto di pagamento entro un certo termine, la cosa obbligata s'intendesse acquistata senza alcuna vendita al creditore, era stata proibita dalla giurisprudenza romana, come quella che poteva menare ad uno spogliamento dannoso al debitore. Questo diritto di far vendere non è nel diritto romano, come nel diritto moderno, un diritto comune a tutti i creditori qualunque essi sieno, ma è la conseguenza del pegno o dell'ipoteca; perocchè noi sappiamo che il diritto civile, salvo alcuni casi particolari, dava al creditore de' mezzi di costringimento contro la persona, ma non contro i beni del debitore (qui sop. p. 286); e quelli che il pretore introdusse più tardi (qui sop. p. 333) differivano anche notabilmente dal diritto di far vendere, dato al creditore con pegno. Questa osservazione è essenziale per ben comprendere la natura particolare del pegno e dell'ipoteca appresso i Romani.

2° Il diritto di preferenza presenta una materia importante a studiare. Se vi è un solo creditore con pegno o ipoteca, al quale la cosa sia stata obbligata, non s'incontra niuna difficoltà, tutto si riduce per lui al diritto di far vendere ed al diritto di seguire la cosa dovunque; niuno non può contrastargli il suo grado; egli è preferito a tutti. Ma la medesima cosa può essere ipotecata a più creditori o data in pegno ad uno, ed ipotecata a parecchi altri: in questo caso vi ha concorso di creditori ipotecarii sopra un medesimo oggetto, e se il prezzo non può bastare al pagamento di tutti, sarà necessario regolare in che ordine saranno preferiti gli uni agli altri (2). La regola generale del diritto romano è che il grado de' pegni o delle ipoteche si determina dalla loro data; il primo in data è anche il primo in grado: « *Potior tempore, potior jure* », tal è la massima dedotta da una costituzione dell' imperadore Antonino (3). E ciò senza distinzione tra il pegno e l'ipoteca, di tal che il creditore ipotecario, il quale non è stato messo in possesso della cosa, ma è anteriore in data, è preferito anche al creditore con pegno il quale ha avuto il possesso della cosa, ma è posteriore a lui (4) Nondimeno vi ha certe ipoteche alle quali per eccezione, e indipendentemente dalla loro data si da un diritto speciale di preferenza, e queste prendono grado non secondo la data, ma secondo il grado di favore di che godono, talchè primeggiano anche le ipoteche ad esse anteriori. Tra questo numero son principalmente: l'ipoteca del fisco per le imposte arretrate, e per taluni altri crediti (5); quella della moglie pei suoi crediti dotali (6), quella di coloro che han fatto delle spese per l'utilità o per la conservazione della cosa ipotecata (7). Qui la quistione di grado non è più una quistione di data, ma una quistione di diritto. I moderni alle ipoteche che godono di preferenza han dato il titolo di ipoteche *privilegiate* o il nome *di privilegi*: ma siffatta denominazione non è stata adoperata da' Romani in questo senso tecnico, e speciale. Da ciò si comprende che quel che noi ora chiamiamo privilegio, appo i Romani non era un diritto distinto, d'una natura particolare, esso non era altro che una considerazione per assegnare, in certi casi, il grado a talune ipoteche; e da ciò è venuto l'uso di dire che in ogni privilegio vi ha un' ipoteca, il che presso noi non è compiutamente esatto (8).

---

(1) *D. 20, 5, e C. 8, 28.* De distract. pign. *et* hypoth.

(2) *D. 20, 4, e C. 8, 18.* Qui potiores in pign. *vel* hypoth. habeantur.

(3) *C. 8, 18.* Qui pot. *4, const. Anton.* Ved. anche al medesimo titolo le costituzioni 2, e 8.; e nel Digesto 20, 4. Qui pot. *2, f. Papin. e 8, f. Ulp.*

(4) *D. 20, 1.* De pign. 10, *f. Ulp.*

(5) *C. 4, 46.* Si propt. publ. pension. 1. *const. Anton.* — *D. 49, 14.* De jur. fisc. *f. Ulp.*

(6) *C. 8, 18.* Qui pot. *12, const. Justinian.* — *Nov. 97, c. 3.*

(7) *D. 20, 4.* Qui pot. *5, 6 e 7, f. Ulp.* — *C. 8. 18.* Qui pot. *7, const. Diocl. et Maxim.* — *Nov. 97, c. 3, e 4.*

(8) I nostri studenti si trovano sovente impacciati per dare, in diritto francese la nozione distinta del privilegio e dell'ipoteca; e sono in ciò indotti in errore dalla definizione inesatta che ne trovano nel nostro codice civile (*artic. 2095, e 2114, Artic. 1965, e 2000 delle nostre leggi civili.* L' ipoteca non è altro che un diritto di preferenza che da il grado per la sua data; ed il privilegio un diritto di preferenza che da il grado per la sua qualità. La differenza tra l'ipoteca, ed il privilegio sta esclusivamente nella maniera di determinare il grado. Nell'ipoteca vi è una legge comune per tutti, quella del tempo; il preferito è quegli che vanta una data più antica, niuno ha diritto a dolersi, perciocchè questa è una legge di eguaglianza. Nel privilegio vi ha una legge privata (*privata lex*), una speciale per ciascun privilegio, che gli assegna il suo grado per una considerazione di favore più o meno grande; questa è una legge di

3° Il diritto di seguire la cosa può essere esercitato dal creditore ipotecario contro ogni terzo detentore della cosa ipotecata, ed anche contro ogni creditore ipotecario che a lui è posteriore, e che ritiene la cosa (1). Esso si esercita mediante l'azione della quale si tratta nel nostro paragrafo, l'azione *quasi-Serviana* che troviamo talvolta ne' testi indicata anche col nome di *vindicatio pignoris persecutio*, *persecutio hypothecaria*, *pigneratitia in rem*, o anche *pigneratitia* soltanto, quantunque quest'ultimo nome sia spezialmente riservato all'azione *in personam* che ha per oggetto l'adempimento delle obbligazioni nate dal contratto di pegno (sop. p. 88). Quanto all'azione *quasi Serviana*, essa ha per iscopo di far riconoscere ed esercitare contro ogni detentore il diritto reale che ha il creditore ipotecario, cioè il diritto di far vendere la cosa e di farsi pagare in preferenza sul prezzo. Questa dunque era un'azione *in rem* che proveniva dalla giurisdizione del pretore. La sua formola non era ordinata come quella delle azioni Pubbliciana e Pauliana sopra una finta ipotesi (*fictitia actio*), ma semplicemente *in factum*.

Da questo diritto di seguitare la cosa risultava che coloro i quali riceveano da qualcuno una cosa qualunque sia in proprietà sia in ipoteca, avrebbero avuto molto interesse a conoscere se quest' oggetto trovavasi già ipotecato. Il diritto romano non dava alcun mezzo d'assicurare questa verificazione. La convenzione d' ipoteca non era soggetta ad alcuna forma, essa poteva essere anche puramente verbale, tutta la quistione si limitava alla necessità di provarne in un modo o in un altro l'esistenza e la data ed allora produceva i suoi effetti (2). Così mentre in diritto romano i trasferimenti di proprietà non si operavano altrimenti che pel fatto ostensibile della tradizione, o per certi modi civili, le ipoteche poi vi poteano essere occulte, e non si era badato a stabilire riguardo ad esse un sistema di pubblicità. Non pertanto una costituzione dell' imperadore Leone ordinò che le ipoteche le quali sarebber provate o da un *instrumentum publice confectum*, cioè da un atto formato sotto l' autorità di un magistrato, o d'un pubblico notaio, o almeno da un atto sottoscritto da tre testimoni di fede intera (*probatae atque integrae opinionis*) passerebbero benchè posteriori di data, innanzi a quelle che fossero sfornite di somiglianti pruove (3). Questa costituzione dovè produrre l'effetto di moltiplicare l'uso degli atti pubblici, per provare le ipoteche, ma essa non stabiliva però una regola imperativa, e d'altra parte questo non era ancora il mezzo col quale ciascuno potesse venirne in cognizione.

Oltre la volontà delle parti, noi troviamo ancora potersi in certi casi costituire i pegni o le ipoteche per le sole disposizioni della legge o della giurisprudenza, e per l'autorità del magistrato. Tra le ipoteche le quali risultano dalla legge o dalla giurisprudenza indipendentemente da qualunque convenzione delle parti si trovano principalmente: quella del locatore di un fondo urbano per sicurezza delle obbligazioni risultanti dall'affitto sulle cose portate dal locatario nella casa locata (*invecta et illata*); quella del locatore di un fondo rustico, ma soltanto sui prodotti dell' immobile. in quanto agli oggetti apportati per la coltivazione del medesimo, essi non erano ipotecati se non quando così si fosse convenuto; quella che Giustiniano concedè a' legatari sulla parte ereditaria di ciascun erede per sicurezza del pagamento de' legati a' quali è tenuto; quella del fisco per parecchi suoi crediti, quella de' pupilli, de' minori, e de' pazzi, su tutt'i beni de' loro tutori o curatori per le obbligazioni risultanti dalla tutela o dalla cura, per le costituzioni di Costantino il Grande e di alcuni altri posteri imperadori fino a Giustiniano; quella della moglie sui beni del marito per la restituzione della dote, e molte altre ancora. I

---

disuguaglianza. Per determinare il grado delle ipoteche fra esse non è da far altro che confrontare le loro date; per determinar quello de' privilegi bisogna esser giureconsulto. Il paragone che segue e che io ho fatto qualche volta, mi pare acconcio a farne ben comprendere la differenza. Se più persone si trovino una dietro l'altra alla porta di un teatro per prendere dei biglietti, e sieno introdotte ciascuna alla sua volta secondo l'ordine nel quale si trovano disposte in fila, questa sarà una legge comune, ma se si chiamino delle persone fuori fila per farle entrare in preferenza, senza esaminare se son venute le prime o no, da prima il tale o tal altro perchè sono autori drammatici, di poi quelli altri perchè son giornalisti, e così via via, questo è un favore speciale, una legge privata. Nel primo modo d'introduzione abbiamo l'immagine dell' ipoteca, nel secondo quella del privilegio.

(1) *D. 20, 1.* De pign. *16, § 3, f. Marcian, 20, 4.* Qui pot. *12, pr. e § 7, f. Marcian.*

(2) *D. 20, 1.* De pign. *4, f. Gai.*

(3) *C. 8, 18.* Qui pot. *11, const. Leon.*

giureconsulti romani danno a queste ipoteche la qualifica di tacite (1). Da ultimo noi abbiam veduto come per la *missio in possessionem bonorum*, o per la *pignoris capi* pretoria, il magistrato può costituire una specie particolare di pegno, che si addimanda *pignus praetorium* (qui sop. p. 335).

A questa materia si riattacca la istituzione pretoria della separazione de' beni (*de separationibus*), che ha luogo in taluni casi diversi, e segnatamente allorchè i creditori legatarii d'una eredità, non volendo accettar l'erede per loro debitore personale, e desiderando di sfuggire alle conseguenze della confusione, ottengono dal pretore la separazione del patrimonio del defunto da quello dell' erede, a fin di farsi pagare su questo patrimonio ereditario in preferenza de' creditori personali dell'erede: istituzione le cui regole si trovano sviluppate in un titolo speciale del digesto(2), che noi ci contenteremo di qui indicare.

VIII. *In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet praetor; veluti de* pecunia constituta, *cui similis videbatur* receptitia. *Sed ex nostra constitutione cum et si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniae constitutae transfusum est, ea quasi supervacua iussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item praetor proposuit de peculio servorum, filiorumque familias, et ex qua quaeritur an actor iuraverit et alias complures.*

8. Il pretore ha parimente per sua giurisdizione proposto delle azioni personali, come sarebbe l'azione *de pecunia constituta*, somigliante alla quale pareva che fosse la *receptitia*. Ma avendo noi messo sotto l'azione *de constituta pecunia* tutto quello che vi poteva esser di buono nella *receptitia*, la nostra costituzione ha comandato che questa come superflua sia tolta via dalle nostre leggi. Similmente il pretore propose l'azione del peculio degli schiavi e de' figliuoli di famiglia, e quell'all'altra per la quale si cerca se l'attore abbia giurato, e molte altre.

IX. *De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque pro se, vel pro alio solutur se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioquin si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.*

9. Si esercita l'azione *de constituta pecunia* contro ciascuno che abbia promesso di pagar per se o per altri, non intervenendovi però stipulazione, poichè in questo caso sarebbe obbligato per diritto civile.

Noi abbiamo già trattato del costituto e dell'azione *de constituta* pecunia (sop. p. 198). Questo patto e quest'azione pretoria traggono la loro origine da un'azione analoga del diritto civile, che chiamavasi *actio receptitia*. Fin da' primi tempi era frequente appo i Romani l'uso de' banchieri che facean commercio del danaro, cambiavano le monete, davano a credito a' loro clienti, ricevevano da' medesimi delle somme in deposito, o a prestito con interesse, faceano loro delle anticipazioni, o pagavano per essi; e di questo uso si veggono ad ogni passo le tracce nelle commedie di Plauto e di Terenzio. Siffatti banchieri eran detti *argentarii*. Sovente quando alcuno dovea ad una persona qualche somma di danaro, la conduceva dal suo *argentarius* il quale pagava per lui, o almeno prometteva di pagare, a giorno fisso. Questa promessa, per eccezione alle regole ordinarie del diritto civile non avea mestieri d'esser fatta con le formalità della stipulazione nè del contratto *litteris:* in qualunque modo che fosse fatta per parte dell'*argentarius*, l'obbligava e dava contro lui quest'azione civile. L'operazione veniva indicata con la parola *recipere* ricevere il giorno pel pagamento, e l'azione che ne nasceva, era detta *actio receptitia*.

Ma quest'operazione e quest'azione erano esclusivamente particolari agli *argentarii*: il pretore stabilì per imitazione qualche cosa di somigliante comune a tutti senza distinzione, elevando a patto pretorio la semplice promessa fatta da qualunque persona di pagare a giorno fisso un debito preesistente; il qual atto fu indicato dal verbo *constituere* stabilire un giorno pel pagamento di un debito preesistente; e da questo nasceva l'azione *de constituta pecunia*.

Così per una promessa presso a poco somigliante si ebbero due azioni analoghe: l'azione *receptitia* provegnente dal diritto civile contro i soli *argentarii* che facevan professione di somiglianti operazioni; e l'azione *de constituta pecunia*, azione pretoria contro qualunque persona. Siccome quest'ultima azione si dava contro ogni persona, si dava eziandio contro l'*argentarius*, di maniera che in caso di una tale promessa fatta da costui, il creditore avea contro di lui la scelta o dell'azione civile *receptitia*, o dell' azione pretoria *de constituta pecunia*.

(1) *D. 20, 2, e C. 8. 15.* In quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrahitur.

(2) *D. 42, 6.* De separationibus. La separazione de' beni poteva applicarsi ancora in materia di peculio castrense: *ivi 1, § 9, f. Ulp.*

Queste due azioni non aveano perfettamente i medesimi effetti; vi erano tra esse parecchie differenze, e l'azione civile *receptitia* era sotto diversi rapporti più vantaggiosa. In fatti essa durava perpetuamente, si applicava a tutti gli oggetti, e si dava per la sola ragione che v'era stata promessa, senza esaminare se eravi stata una causa preesistente; mentre al contrario l'azione *de constituta pecunia* era solamente annuale, si applicava unicamente alle cose valutabili a peso, uumero, o misura, e supponeva sempre un debito anteriore (1).

Queste due azioni rimasero amendue in vigore con la loro rispettiva destinazione in fino a Giustiniano, il quale le fuse insieme sopprimendo di nome azione *receptitia* che era particolare ai soli *argentarii*, e trasferendo i suoi effetti all'azione generale *de constituta pecunia*. Così quest'azione si diede contro ogni persona, per ogni specie di oggetti, e fu perpetua. Nondimeno si ritenne l'uso di non darla se non quando la promessa di pagare si riferiva ad un tempo anteriore (2).

Siccome il debito condizionale non è irrevocabilmente debito fino a che la condizione non si adempie, così non può essere il fondamento che di un costituto parimente condizionale, ma i debiti a termine possono dar luogo ad un costituto pel quale il debito divenga esigibile più presto: Cujacio pretende anche che ogni costituto era a termine, perciocchè il verbo *constituere* come quello di *recipere* significava stabilire o ricevere un giorno pel pagamento (3); e Paolo ne insegna (4) che quando si è omesso d'indicare un termine nel costituto, se ne da uno di dieci giorni almeno.

X. *Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit praetor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, aequum tamen est peculio tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum, condemnari eos.*

10. Il pretore poi dette l'azione del peculio contro il padre o il padrone, perchè quantunque essi non sieno per diritto civile tenuti pei contratti de' figliuoli, o degli schiavi, nondimeno è cosa giusta che sieno condannati fino alla concorrenza del peculio, essendo il peculio come il patrimonio de' figliuoli, e degli schiavi.

Noi tratteremo delle azioni *de peculio* al § 4. del titolo seg. Noi le mettiamo al plurale, come fa il testo, perchè la frase *de peculio*, come avremo cura di spiegare, dinota una qualifica applicabile ad un gran numero di azioni diverse.

XI. *Item si quis, postulante adversario, juraverit deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur, justissime accomodat ei talem actionem, per quam non illud quaeritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.*

11. Similmente se qualcuno, richiedente l'avversario, giurerà che gli sia dovuto quel danaro ch'egli ha richiesto, non essendo pagato di quella somma, ha giustamente dal pretore un'azione, per la quale non si ricerca se quel danaro gli si debba, ma se abbia giurato.

Trattasi in questo paragrafo del giuramento che le parti per por fine ad una disputa, ed evitare una contestazione giudiziaria, convengono di deferire l'una all'altra fuori di ogni istanza, senza essere ancora *in judicio*, nè anche *in jure*. In questo vi ha una specie di transazione che il pretore ha confermata, e che, secondo le espressioni di Paolo ha anche maggiore autorità che la cosa giudicata (5). Il nostro testo suppone che colui il quale si pretende creditore abbia giurato a richiesta del suo avversario, che la tal somma gli sia dovuta. In tal caso se il debitore ricusi di adempire, la sola quistione che rimane agli occhi del pretore è di sapere non già se il credito esista o no, ma se il giuramento sia stato veramente e regolarmente prestato. In conseguenza egli da al creditore per conseguire il suo diritto un'azione pretoria detta *de jurejurando*, o *an juraverit*, la quale è concepita *in factum*, e nella quale il giudice non avrà altro a verificare che il fatto del giuramento. Questo giuramento, se il risultato ne sia stato favorevole al preteso debitore può eziandio dar luogo o ad un rifiuto di azione, o ad un eccezione *de jurejurando* in favore del debitore, come vedremo qui appresso tit. 13 § 4.

Oltre di questo giuramento fuori di ogni istanza, e per via di transazione per evitare la lite, vi ha diverse altre specie di giuramento: quello che è deferito vicendevolmente dalle parti nel corso di una lite o innanzi al pretore (*iusiurandum in iure*), o innanzi al giudice (*iusiurandum*

(1) *C.4, 18.* De const. pec. 2, *const. Justinian.*
(2) *C. 4, 18.* De const. pec. 2, *const. Justinian.*
(3) *Lib. 29, Paul.* ad edict.
(4) *D. 13, 5, 21, § 1.*
(5) *D. 12, 2, 2. f. Paul.*

in iudicio); o quello che lo stesso giudice deferisce ad una delle parti per sua istruzione; o infine quello che deferisce per istabilire l'ammontare della condanna (*iusiurandum in litem*). Il nostro testo non fa parola degli effetti di queste diverse specie di giuramenti, dei quali noi abbiamo di già detto qualche cosa (quì sopra p. 338 e 340).

XII. *Poenales quoque actiones bene multas ex sua iurisdictione introduxit: veluti adversus eum qui quid* ex albo *ejus corrupisset; et in eum qui patronum vel parentem in ius vocasset, cum id non impetrasset; item adversus eum qui vi exemerit eum qui in ius vocaretur, cuiusve dolo alius exemerit; et alias innumerabiles.*

12. Il pretore introdusse parimente per sua giurisdizione molte azioni penali, come sarebbe l'azione contro colui *che avesse cancellata o guasta una parte qualunque dell'albo*, e contro colui che avesse chiamato in giudizio il padre o il *patronus* non avendone prima avuto licenza. Similmente contro colui chè avesse ritenuto per forza chi era chiamato in giudizio, e che per frode operò sì ch'egli non venisse in giudizio; ed altre azioni senza numero.

Ex albo ejus corrupisset. Sappiamo che cosa era l'*album* del pretore: chiunque vi faceva il menomo attentato, o radendone qualche parte, o macchiandolo, o sottraendolo facendovi de'cangiamenti, era punito per vigor d'un'azione pretoria popolare detta azione *de albo corrupto*. Le alterazioni degli editti degl'imperadori portavano la pena del falso (1).

Quel che noi abbiamo già detto del divieto fatto a'figliuoli, o a'liberti di chiamare in giudizio i loro ascendenti, o il loro padrone senza prima averne ottenuto licenza, e dell'azione *in factum* che si dava contro di loro per violazione di tal divieto (quì sop. p. 290); come pure dell'azione pretoria data contro quelli che avesser fatto resistenza ad una *in jus vocatio*, o adoperata la forza o la frode per mettervi ostacolo (p. 272), ci pare sufficiente per l'intelligenza degli esempi che il nostro testo ne arreca.

XIII. *Praeiudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas quaeritur an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quaeritur an aliquis liber sit: caeterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt.*

13. Pare che le azioni pregiudiziali sien reali, come son quelle, per le quali si cerca se qualcuno sia libero, o libertino, o che si riconosca il figliuolo. Di queste azioni quell'una sola, per la quale si cerca se alcuno sia libero è di ragion civile, le altre hanno il vigore e la sostanza loro dall'autorità del pretore.

Noi abbiamo indicato (p. 301) il carattere delle azioni pregiudiziali sotto il sistema formolario. Esso avea questo di particolare che la formola non conteneva condanna, e che la sentenza si limitava a dichiarare o un fatto, o un diritto il quale da quel punto diveniva giudiziariamente costante, e dal quale le parti poteano trarre più tardi tutte le conseguenze legali quando loro facesse mestieri. Quel che si riferisce alla formazione della formola, sotto Giustiniano, e scomparso, ma tranne la formazione della formola che non ha più luogo, il carattere dell'azione rimane il medesimo.

Benchè tali azioni non sieno in tutto identiche con le azioni *in rem*, giacchè queste contengono sempre la pretenzione di un diritto reale da parte dell'attore, e debbono sempre condurre ad una condanna o assoluzione, e le azioni pregiudiziali tendono talvolta solamente al riconoscimento di un fatto, e non portano mai condanna, pure siccome esse non tendono nemmeno all'adempimento di un'obbligazione, e per conseguente non vi si fa menzione di alcuna persona obbligata, e siccome il fatto o il diritto che tendono a far riconoscere vi è espresso in una maniera generale, *in rem*, il nostro testo dice a ragione ch'esse sembrano azioni *in rem*.

I diritti che le azioni pregiudiziali tendono più frequentemente a far riconoscere son quei che si riferiscono allo stato delle persone, come quelli d'ingenuità, di libertà, di padronato, di paternità, di filiazione ed altre somiglianti. Noi sappiamo che questi sono de' diritti reali. I comentatori del diritto romano anteriori ai nostri tempi credevano che l'uso delle azioni pregiudiziali si limitasse a queste quistioni di stato, ma dopocchè Gaio ne ha fatto conoscere il vero carattere, noi possiamo ravvisare o in Gaio, o nelle *sentenze* di Paolo, o anche nel Digesto diversi casi di azioni pregiudiziali aventi per iscopo di far riconoscere un fatto. Tali sono le azioni pregiudiziali, nelle quali si ricerca *quanta dos sit* (2); se gli *sponsores* o i *fide promissores* sieno stati avvertiti, come vuole la legge, dell'estensione della

(1) *D. 48, 10, 32. Mod. — Paul. Sent. 13, 3.* (2) *Gai. Com. 4, § 44.*

lasciate alle *sacrosante Chiese* o ad altri luoghi venerabili sotto nome di legato o di fedecommesso, e che *indugiarono* tanto fino ad esser chiamati in giudizio: perchè in quel caso sono astretti a dar la cosa o il denaro che è stato lasciato, ed altrettanto per pena, e però son condannati nel doppio,

Sacrosanctis ecclesiis. Altre volte il doppio era pronunziato per ogni sorta di legati fatti a chi che si fosse. Giustiniano restrinse questa condanna del doppio a' soli legati di che quì è parola (1).

Dare distulerint. Anticamente questa pena era inflitta a coloro che rifiutavano assolutamente di pagare siffatti legati; ma quì si dispone che sia inflitta pel semplice indugio (2).

Azioni che sembrano esser miste tanto *in rem* che *in personam*.

XX *Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam. Qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate; item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur; item finium regundorum, quae inter eos agitur qui confines agros habent. In quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare et si unius pars praegravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

20. Alcune azioni pare che sieno miste, cioè tanto reali, che personali com' è l' azione *familiae erciscundae*, la quale compete a' coeredi nel caso della divisione dell'eredità; similmente l' azione *cammuni dividundo* la quale si dà tra coloro che hanno a divider qualche cosa comune, e parimente l'azione *finium regundorum* la quale cade tra coloro che hanno de' campi confinanti. Ne' quali tre giudizii è permesso al giudice di poter aggiudicare qualche cosa ad una delle parti secondo che gli pare onesto, e se parrà che una delle parti sia troppo aggravata, egli potrà condannar l'altra a darle in cambio una certa somma di danaro.

I compilatori delle Istituzioni dopo aver fatto parola delle azioni miste nel senso che tendono nel tempo medesimo alla cosa, ed alla pena, per la sola somiglianza della parola senza che per altro vi sia alcuna relazione di idee, son qui condotti a parlare delle tre azioni che sarebbero miste in quanto che sono nel tempo stesso *in rem* ed *in personam*, cioè delle tre azioni *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, e *finium regundorum*.

Queste tre azioni son dette *miste* da Ulpiano in un altro senso ben diverso, cioè che ciascuna delle parti vi fa nel tempo po stesso la parte di attore e di convenuto: « *Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est; ut puta finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo* (3) »; vale a dire che vi possono esser pronunziate delle condanne contro l' una o l'altra delle parti, o contro più in un tempo medesimo, mentre nelle azioni semplici mai non vi può esser condanna se non contro il convenuto (quì sop. p. 304 con la nota 4.)

Ma si può dire che sieno miste nel senso di esser nel tempo stesso reali e personali? Noi abbimo già dimostrato che questo è impossibile tanto sotto il rapporto della redazione della formola, che sotto il rapporto del diritto che si vuol far valere; che esse sono delle azioni esclusivamente personali (*in personam*), perchè tendono all' adempimento di un' obbligazione. (ved. quì sop. p. 313 e seg.).

Nella stessa legislazione di Giustiniano, e fino in una costituzione di questo principe, noi le troviamo designate ancora come azioni personali (quì sop. p. 313 nota 6.). Quale è dunque il senso che può attribuirsi a queste parole del nostro paragrafo *tam in rem, quam in personam*? Taluni interpetri han creduto poterle tradurre in questo senso: certe azioni sembrano avere una natura mista (ossia ove ciascuna delle parti è ad un tempo attore e reo), e di tali azioni ve ne ha così fra le azioni reali, che fra le personali. Le frasi *tam in rem, quam in personam* si trovano con effetti qualche volta ne' testi con questa significazione (4). Ma quì sarebbero inesatte poichè non vi è azione reale ove ciascuna delle parti è attore e convenuto al tempo stesso. Oggidì prevale un'altra interpetrazione, che poggia sulle migliori autorità (5). I redattori delle istituzioni di Giustiniano sarebbero stati portati a dire delle tre azioni *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, *et finium regundorum*, che esse sono *tam in rem, quam in personam*, poichè sono le tre sole azioni nelle quali possa esservi *aggiudicazione*, e condanna insieme; vale a dire, attribuzione della proprietà delle cose in tutto o in parte, e prestazione dal lato delle persone: (« *Fa-*

(1) *Inst. 3, 27, § 7.*
(2) *C. 1, 3, 46, § 7. — Inst. h. t. § 26.*
(3) *D. 44, 7*, De obl. et act. *37, § 1, f. Ulp.*
(4) Ved. nel nostro medesimo titolo §§ *3, e 31*, e qui appresso tit. *12*, De perpet. et tempor. actionibus pr.
(5) V. anche Walter *Histoire de la procedure des Romains*. c. 3 p. 35 della traduz. di M. Laboulaye, e Deaurroy, Institut. expliquèes, dernier edit., tom. *2, p. 589.*

mi liae ercìs. undae judicium ex duobus constat, id est rebus, atque praestationibus, quae sunt personales actiones ». (1): di tal che si farebbe allusione ad una specie di doppio potere che il giudice quì riceve: potere tanto sulle cose che sulle persone (*tam in rem, quam in personam*).

Intanto per incontestabile che sia in se stessa l'esistenza di questo doppio potere, noi farem notare: 1.° che se tale era stato il senso di questa qualificazione *tam in rem, quam in personam*, niente avrebbe impedito a farla incontrare sotto il sistema formolario, poichè a quest'epoca, come anche in seguito, e pei termini istessi della formola il giudice avea in queste tre azioni il potere di aggiudicare e condannare; 2.° che questo senso sarebbe del tutto differente, o per dir meglio sarebbe proprio l'opposto di quello che importa nella sua accettazione tecnica e consagrata, la designazione di azione *in rem*, comparata a quella di azione *in personam*.

L'attore in fatti nell'azione *in rem* sostiene che egli è proprietario, il giudice deve verificare la preesistenza della proprietà: nell'aggiudicazione al contrario egli crea una proprietà che non esisteva per lo innanzi: queste due idee sono l'inversa una dell'altra. Non sarebbe più semplice il dire, che all'epoca delle istituzioni di Giustiniano, in cui il sistema formolario è abolito, e non si è per conseguenza più preoccupato dal concepimento della formola, nè dell'impossibilità materiale che risultava se l'*intentio* vi fosse scritta simultaneamente *in rem et in personam*, i redattori di queste istituzioni non facciano più attenzione che alla natura de' diritti sui quali si fonda l'attore; e che tali diritti essendo da un lato un diritto reale di eredità, di comproprietà, o di proprietà vicina, riconosciuto e non oppugnato dalla parte avversa; ed essendo dall'altro lato un diritto personale risultante unicamente da obbligazioni fra coeredi, comproprietarii, o proprietarii vicini, la pretenzione è basata ad un tempo tanto sopra un diritto reale, che sopra un diritto personale: dal che i redattori delle istituzioni son condotti a dire che queste tre azioni sembrano avere una doppia causa (*mixtam causam obtinere videntur*) tanto *in rem* quanto *in personam*? Questa idea non è in certo modo suggerita dal frammento di Paolo: « *Finium regundorum actio in personam est, licet, pro vindicatione rei est* » (2)? Non è questo ciò che si trova in Teofilo: « *Ex parte enim singuli coheredum domini sunt* » (3); infine non è così che l'idea si è perpetuata nella giurisprudenza del medio evo, e che è passata fin dal nostro diritto attuale e nella nostra procedura moderna?

Azioni pel semplice, pel doppio, pel triplo, pel quadruplo.

XXI. *Omnes autem actiones vel in simplum conceptae sunt, vel in duplum vel in triplum, vel in quadruplum. Ulterius autem nulla actio extenditur.*

21. Tutte le azioni tendono ad una condanna o nel semplice, o nel doppio, o nel triplo, o nel quadruplo, ma più oltre no.

Qui son considerate le azioni sotto un rapporto aritmetico tra l'ammontare della condanna, ed un termine d'interesse che serve di unità, e che in certi casi si porta al doppio, al triplo, o al quadruplo. Ma qual'è questo termine di unità? È forse il valore reale della cosa, cioè il vero interesse al quale l'attore ha diritto? Senza dubbio in sostanza a questo interesse si reputa che l'attore si riferisca; ma debb'esser preso esattamente com'è formolato nell'*intentio*. Adunque specialmente sotto il sistema formolario, il rapporto di che si tratta, è un rapporto tra l'*intentio* che serve di termine di unità, e la *condemnatio* che debb'esserne la riproduzione nel semplice, o una moltiplicazione in alcuni casi. Il che vuol dire che esaminata una volta l'*intentio*, e valutato l'ammontare al quale essa debbe elevarsi, la sentenza pronunzierà o il solo ammontare di questa valutazione, o il doppio, il triplo, il quadruplo. Sicchè l'azione è nel doppio, nel triplo, o nel quadruplo quando il giudice dee condannare al doppio, al triplo, al quadruplo dell'ammontare al quale egli ha valutata l'*intentio*. Così quando l'*intentio* è *quanti ea res erit*, o *quidquid ob eam rem dare aut facere oportet*, e la *condemnatio* è *tanti condemna*, se la sentenza dee ripete-

(1) *Dig. 10, 2, famil. ercisc. 22, § 4, f. Ulp.* — « *Sicut autem ipsius rei divisio venit in comuni dividundo ita etiam praestationes veniunt* ». *Dig. 10, 3,* comm. divid. *4, § 5, f. Ulp.*

(2) *Dig. 10, 1,* Finium regund. *1, f. Paul.*

(3) « *Nam et actionis in rem proprietatem habet, quod ea de rebus agatur; ex parte enim singuli coheredum domini sunt. Habet et actionis in personam effectum. Nam capita quaedam in ea et excutiuntur, et in condemnationem deducuntur, quae actionis in personam, non actionis in rem, propria sunt.*

re esattamente l'ammontare di questo *quantum* (1), l'azione è nel semplice, eziandio che il *quantum* dell'*intentio* avesse per oggetto il doppio, il triplo, o il quadruplo dell'indennità dovuta all'attore. Dunque l'espressione *conceptae* del nostro testo si riferisce alla *condemnatio*, e non all'*intentio*.

XXII. *In simplum agitur: veluti* ex stipulatione, *ex mutui datione, ex empto vendito, locato conducto, mandato, et denique* ex aliis compluribus causis.

22. Si agisce pel semplice nelle azioni risultanti da una stipulazione, da un impresto, da una vendita, da una locazione, da un mandato, e finalmente da molte altre cagioni.

Ex stipulatione. Talvolta stipuliamo che il nostro debitore in un dato caso, p. e. nel caso della stipulazione *duplae* per garentia in materia di vendita (sop. p. 163) dovrà darci il doppio, o il triplo della cosa dovuta; l'azione che nascerà da una tale stipulazione tenderà sempre al semplice: perchè l'*intentio* stessa comprenderà il doppio, o il triplo, e d'altra parte questo doppio o triplo nella stipulazione non è considerato che come semplice.

Ex aliis compluribus causis. L'azione tende anche al semplice nelle azioni per le quali si persegue unicamente la cosa, ed eziandio in molte azioni penali, come in quella d'ingiuria, ed ogni volta che la somma della condanna è *certa*.

XXIII. *In duplum agimus: veluti furti nec manifesti, damni injuriae ex lege Aquilia,* depositi ex *quibusdam casibus. Item servi corrupti, quae competit in eum, cujus hortatu, consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere coeperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit: in qua actione etiam earum rerum quas fugiendo servus abstulit, aestimatio deducitur. Item ex legato quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea quae supra diximus.*

23. Si agisce pel doppio nelle azioni per furto non manifesto, per danno d'ingiuria per la legge Aquilia, per *certi casi di deposito*; similmente per lo schiavo corrotto, la quale azione compete contro colui, per consiglio e persuasione del quale sarà fuggito l'altrui schiavo, o si sarà levato contro il padrone, o avrà cominciato a viver lascivamente o finalmente sarà in qualunque altro modo peggiorato. Ed in quest'azione si contiene eziandio la stima di quelle cose che lo schiavo, fuggendo avrà portato via. Similmente tende al doppio l'azione per legato lasciato a luoghi venerabili, secondo quel che abbiam detto di sopra.

Depositi ex quibusdam casibus. Noi abbiam veduto § 17. di questo titolo, che nel caso di deposito necessario la condanna è nel doppio quando il depositario nega il deposito (qui sop. §. 20).

In quanto all'azione relativa a'legati fatti a luoghi venerabili, vedete qui innanzi § 19.

XXIV. *Tripli vero cum quidam majorem verae aestimationis quantitatem* in libello conventionis *inseruit, ut ex hac causa viatores id est executores litium ampliorem summam sportularum nomine exegerint. Tunc enim id quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus in triplum ab actore consequetur; ut in hoc triplo et simplum, in quo damnum passus est connumeretur. Quod nostra constitutio induxit, quae in nostro Codice fulget: ex qua dubio procul est* ex lege condictitia *emanare.*

24. Si agisce pel triplo nelle azioni contro coloro che han messo nel libello una quantità maggiore di quella che è in vero, acciocchè per questa cagione gli uscieri o esecutori delle liti riscuotano maggior salario; poichè in questo caso quel che il reo patisce di danno per cosiffatta cagione, lo avrà in tre doppii dall'attore, ma in questi tre doppii però si contiene quel semplice che il reo ha patito di danno. La qual cosa è stata introdotta dalla nostra costituzione che si trova nel nostro Codice, dalla quale procede senz'alcun dubbio una condizione di legge.

Nell'antico diritto vi avea due azioni tendenti al triplo, le quali sono state abolite, ed erano le azioni *furti concepti*, e *furti oblati* (2). Quella di che Giustiniano qui fa parola, è stata introdotta da quest'imperadore per sostituire la pena di decadenza nella quale incorreva chiunque avesse domandato più che non gli era dovuto: Zenone fu il primo che cominciò a temperare siffatto rigore risultante dalla esagerazione della domanda.

In libello conventionis. Noi abbiam veduto (qui sop. p. 343) che cosa era quest'atto che serviva sotto la procedura straordinaria ad introdurre l'istanza, e nel quale l'attore indicava le pretensioni che si proponeva di far valere in giudizio. Questo *libellus conventionis* era notificato ad un *viator* o *executor*, e su questa notifica l'avversario dovea dar cauzione di presentarsi innanzi al giudice quando vi fosse chiamato (*cautio judicio sistendi*). Questa

(1) *Conf. D. 19, 1, 13, pr. Ulp. ed Inst. h. t.* § 22. — *Ved. Gai. IV. 47, 50, e 51.* — *E D. 21, 2, 56. pr. Paul.*

(2) *Gai. 3, 191.* — *4, 173.*

auzione si dava al *viator* o *executor litium*, al quale nel tempo medesimo si pagavano le spese. La *cautio judicio sistendi* u surrogata al *vadimonium*, ed il *libellus onventionis* alla *vocatio in jus* (1).

Ex lege condictia. Giustiniano vuole che a sua costituzione dia luogo ad una *condictio ex lege* (2).

XXV. *Quadrupli, veluti furti manifesti; item e eo quod metus causa factum sit; deque ea pecunia quae in hoc data sit, ut is cui datur, calumniae causa negotium faceret vel non faceret. tem ex lege condictitia ex nostra constitutione ritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra constitutionis normam* a reis quidquam exegerint.

25. Si agisce pel quadruplo nelle azioni per furto manifesto, o per ciò che si è fatto per cagione di ema; similmente in quelle relative al danaro che iasi dato ad effetto di far suscitare per cavillo una ite contro qualcuno, o di farla abbandonare; paimente nella *condictio* legale da noi stabilita nel quadruplo contro gli uscieri *che abbiano esatto* lalle parti qualche cosa al di là di quello che è fissato nella nostra costituzione.

A reis quidquam exegerint. Gli uscieri sigevano degli onorarî (*sportulae*) non soamente da'convenuti, ma anche dagli atori (3).

XXVI. *Sed furti quidem nec manifesti actio, et ervi corrupti a caeteris de quibus simul locuti umus eo differunt, quod hae actiones omnimodo lupli sunt. At illae, id est damni injuriae ex lege lquilia et interdum depositi, inficiatione duplicantur; in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa quae de iis competit, quae relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione, duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem usquequo jussu magistratuum nostrorum conveniatur. In confitentem vero antequam jussu magistratuum conveniatur solventem* in simplum reditur.

26. L'azione di furto non manifesto, e quella *ervi corrupti* differiscono da tutte quelle che abiam comprese nella medesima enumerazione, in uesto, che cotali due azioni son sempre in doppio, ma le altre, cioè l'azione della legge Aquilia er l'ingiuria, e talvolta quella del deposito si raddoppiano per la negativa; ma se il reo confessa, si anno in semplice. Quelle poi che son relative a uelle cose che son lasciate a' luoghi venerabili endono al doppio non solamente per la negativa, na anche per l'indugio del pagamento fino a che er ordine del magistrato il debitore non sia lonveuto. Ma se questo confessi il debito, e lo paghi innanzi che intervenga l'ordine del magistrato, l'*azione si da* solamente *pel semplice.*

In simplum redditur. L'espressione è inesatta: giacchè quegli che ha pagato senza indugio il legato non è più soggetto ad azione niuna.

XXVII. *Item actio de eo quod metus causa factum sit, a caeteris de quibus simul locuti sumus eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui judicis iussu ipsam rem actori restituet absolvatur. Quod in caeteris casibus non ita est, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod est et in furti manifesti actione.*

27. Similmente l'azione di quel che si è fatto per tema differisce da tutte le altre che abbiam comprese nella medesima enumerazione, in questo, che la sua natura richiede che il reo sia assoluto quando rende la cosa all'attore per comandamento del giudice. La qual cosa non è così negli altri casi, ma ciascuno è in ogni modo condannato al quadruplo; il che ha luogo nell'azione del furto manifesto.

L'azione pretoria *quod metus causa* è data a colui che per effetto di violenza grave ed attuale ha consentito ad alienare, o a costituire de'diritti reali, a contrarre, o ad estinguere un'obbligazione: essa è diretta contro ogni persona che ha profittato della violenza anche in buona fede. Siccome quest'azione è arbitraria, può il reo evitare la condanna restituendo la proprietà, o il diritto reale alienato con tutt'i vantaggi de'quali la persona violentata è stata privata (*cum omni causa*); ovvero, nel caso di obbligazione, rimettendo l'obbligazione contratta per timore, o richiamando in vita l'obbligazione estinta. Nel caso di condanna il quadruplo era stimato sull'ammontare di tutto il vantaggio che vi sarebbe stato per l'attore se non gli fosse fatta violenza.

Del rimanente quando il risultato della violenza era stato un obbligazione contratta, la persona che avea patito la violenza, in luogo dell'azione pretoria *quod metus causa* poteva attendere che il suo avversario l'attaccasse; ed in questo caso egli respingeva l'azione di costui mediante l'eccezione *metus causa*, come spiegheremo più innanzi (4).

Da ultimo invece d'intentar l'azione è di opporre l'eccezione, quegli che avea patito violenza poteva far rescindere gli atti estorti, per via di una *restitutio in integrum*, ed allora le parti si reputavano trovarsi tra loro in quella posizione medesima in cui

(1) Ved. il nostro reassunto d'una procedura tanto sotto il sistema formolario (p. 337) quanto sotto il sistema della procedura straordinaria (p. 343.

(2) *D. 13, 2.* De condict. ex lege.
(3) Nov. 82. c. 9, Agostino ep. 55.
(4) Ved. Inst. 4, 13, § 1.

prima di tali atti si trovavano. (ved. p.331 con la nota 7).

Azioni di buona fede, azioni di stretto diritto, azioni arbitrarie.

XXVIII. *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit hereditatis petitio, sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.*

28. Delle azioni alcune sono di buona fede, ed alcune di stretto diritto. Le azioni di buona fede son queste: di compra-vendita, di locazione-conduzione, di gestione di negozii, di mandato, di deposito, di società, di tutela, di comodato, di pegno, di divisione di eredità, di divisione di beni comuni, l'azione *praescriptis verbis*, la quale si propone per le cose stimate, o per la permuta, e la petizione di eredità. Imperocchè sebbene fino a questo tempo fosse in dubbio se essa fosse da annoverarsi tra i giudizî di buona fede o no, nondimeno la nostra costituzione apertamente ha disposto che sia di buona fede.

Noi abbiamo già esposto (p. 320 e seg.) questa divisione delle azioni dedotta sotto il sistema formolario dall' estensione de'poteri conferiti al giudice per la formola. Nella procedura straordinaria va via tutto ciò che dipendeva della redazione della formola e dalla distinzine tra il giudice ed il magistrato, ma rimane però la sostanza delle cose. Così quantunque il giudice non riceve più i suoi poteri da una formola, dalla quale non potrebbe discostarsi, egli nondimeno continua a giudicare *ex aequo et bono* nelle azioni di buona fede, secondo i soli principii del diritto civile nelle azioni di stretto diritto, come un tempo il pretore ordinava al giudice del sistema formolario.

Giustiniano in questo luogo fa l'enumerazione delle azioni di buona fede de'suoi tempi. Parogonandola a quella data da Gaio e che noi abbiam riportata (p 322), nell'enumerazione di Giustiniano si trova di meno l'azione *fiduciae* che non è più in uso, e si trovano di più le azioni *familiae erciscundae, communi dividundo, hereditatis petitio*, e *praescriptis verbis de aestimato vel ex permutatione*, sulla quale è mestieri dir qualche parola di spiegazione.

Noi conosciamo il carattere dell'azione *praescriptis verbis*, sappiamo che questa era un'azione conceputa *in jus* avente un *intentio* indeterminata, onde le fu data la qualifica d'*actio civilis incerta* (p. 319). Noi conosciamo eziandio i suoi diversi casi di applicazione, e segnatamente quello della permuta *permutatio* (sop. p. 196). Nel contratto estimatorio (*de aestimatio*), del quale parla egualmente il nostro testo, una persona riceve un oggetto stimato che s'impegna di vendere al prezzo della stima, e si obbliga a restituire quest'oggetto, o a pagarne la stima. Il nostro testo pare che non annoveri tra le azioni di buona fede se non le azioni *praescriptis verbis*, che nascono dalla permuta, o dal contratto estimatorio; nondimeno è probabile che tutte le azioni *praescriptis verbis* fossero di buona fede.

XXIX. *Fuerat antea et rei uxoriae actio una ex bonae fidei judiciis. Sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus quod res uxoria ante habebat cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus: merito rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu quae pro ea introducta est naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam. Praeferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius providentia hoc induximus.*

29. L'azione *rei uxoriae* fu per innanzi una delle azioni di buona fede, ma avendo noi ritrovato che l'azione *ex stipulatu* era più piena, abbiamo con molte divisioni trasportato nell'azione *ex stipulatu* che si adopera per riscuoter le doti, tutto il vantaggio che era nell'*actio rei uxoriae*; ed essendo questa meritamente tolta via, l'azione *ex stipulatu*, la quale è succeduta in suo luogo ha meritato d'esser posta tra le azioni di buona fede, solo quando si tratta di riscuoter la dote. E le abbiam dato eziandio una tacita ipoteca, volendo però che si preferisca la donna agli altri creditori ipotecarii quando ella medesima tenta il giudizio per la sua dote, perchè per lei abbiamo introdotto cosiffatto privilegio.

Noi sappiamo che la dote si costituiva in tre modi: per la dazione o trasferimento in proprietà delle cose componenti la dote (*dos data*), per la *dictio* o promessa solenne senza precedente interrogazione (*dos dicta*); per la stipulazione o interrogazione solenne seguita da una risposta conforme (*dos stipulata*). Noi sappiamo eziandio a chi, secondo i casi diversi, dovea ritornare la dote, e da chi poteva esser domandata dopo il discioglimento del matrimonio (V. 1. p. 307). In quanto alle azioni, alle quali la costituzione della dote può dar luogo, fa d'uopo distinguere: 1° quelle che

tendono a far pagare la dote da coloro che l'han promessa; e 2° quelle che son dirette a farla restituire, dopo sciolto il matrimonio, dal marito che l'ha ricevuta.

Sotto il primo aspetto la dote *data* non dà luogo ad alcuna azione: giacchè il marito l'ha ricevuta, egli non ha più a domandarla; la dote *dicta* o la dote *stipulata* si domandano con una *condictio* che appellasi in quest'ultimo caso *actio ex stipulatu*.

Sotto il secondo aspetto cioè in quanto alla ripresa della dote dopo disciolto il matrimonio, vi era un'azione detta *rei uxoriae*, azione generale data ad ogni persona avente il diritto di esercitar tal ripresa in qualunque modo fosse costituita la dote. Non pertanto le parti talvolta non stavano contente a quest'azione generale, e o la donna, o quegli al quale dovea ricadere il diritto di ripresa, o che volea riservarselo, stipulava formalmente dal marito la restituzione della dote; in questo caso essi aveano per la restituzione l'azione *ex stipulatu* risultante dalla stipulazione formale che aveano fatta. Di queste tali azioni di ripresa o *rei uxoriae*, o *ex stipulatu* nel nostro paragrafo si tratta.

L'azione generale *rei uxoriae* era una azione di buona fede, nel quale le espressioni consacrate pare sieno state queste: «QUOD ÆQUIUS MELIUS (qui sop. p. 321). Il marito convenuto con quest'azione avea il diritto: 1.° di fare per certi differenti motivi determinati dall'uso talune ritenute sulla dote; 2.° di restituire le cose valutabili a peso, numero, o misura nello spazio di tre anni, e per terzo (*annua, bima, trima die*); la restituzione non era immediatamente obbligatoria se non pei corpi certi, che non erano stati venduti al marito quando la dote fu costituita; finalmente 3.°, di opporre il beneficio di competenza, cioè il beneficio di non esser condannato, che *quantum facere potest*. Inoltre la donna non trasmetteva quest'azione a' suoi eredi, salvochè non avesse messo in mora il marito; e se il suo marito defunto le avesse fatta qualche liberalità per istituzione, legato, o fedecommesso, non poteva cumulare questi vantaggi con l'esercizio dell'azione *rei uxoriae* per la ripresa della sua dote; in vigore di un editto che chiamavasi *de alterutro*, ella era obbligata di scegliere tra l'uno e l'altro di questi diritti (1).

L'azione di ripresa *ex stipulatu* per contrario era di stretto diritto come tutte le azioni provegnenti da stipulazione. Essa era molto più rigorosa che la precedente contro il marito, e più favorevole a chi domandava la restituzione. Così il marito era obbligato di restituire senza poter fare niuna ritenuta, nè reclamare alcuna dilazione, nè opporre il beneficio di competenza. Si stava rigorosamente alla promessa di restituire da lui fatta. L'azione passava agli eredi dello stipulante, e se il marito avea fatto alla moglie sopravvivente delle liberalità per disposizione di ultima volontà, ella cumulava questi vantaggi con l'esercizio dell'azione *ex stipulatu* per la ripresa della sua dote.

Giustiniano per trasportare in tutt'i cari varî vantaggi dell'azione *ex stipulatu* lasciandone tuttavia sussister qualcuno dell'azione *rei uxoriae*, fonde insieme queste due azioni. In qualunque modo siasi disciolto il matrimonio, e qualunque sia l'origine della dote, egli vuole che la donna e i suoi eredi possano sempre ridomandarla per un'azione *ex stipulatu*, come se vi fosse stata tra gli sposi una tacita stipulazione. Nondimeno a quest'azione *ex stipulatu* in ripresa della dote, egli trasporta il carattere di un'azione di buona fede; come tale concede al marito una dilazione di un anno per restituire gli oggetti dotali diversi dagl'immobili, e gli conserva il beneficio di competenza. Da ultimo per sicurezza di questa ripresa l'imperadore dà alla donna un'ipoteca tacita sui beni del marito, e vuole ancora che quest'ipoteca sia privilegiata e preferita anche alle ipoteche anteriori di data. Ma siffatto privilegio è al tutto personale alla donna o a'suoi discendenti, ma non passa agli altri suoi eredi, i quali succedono solamente all'ipoteca ordinaria (2).

XXX. *In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur ut siquid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est debeat condemnari. Sed et in strictis iudiciis ex rescripto D. Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure*

---

(1) *Ulp. Reg. 6.* De dot. §§ *6, e seg.*

(2) V. su questa materia: *D. 24, 5, e C. 5. 18.* Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur. — *C. 5, 13.* De rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa, et de natura dotibus praestita.

operto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque: excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus; ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.

30. Ne' giudizii di buona fede par che sia permessa al giudice libera podestà di stimare secondo l'equità quanto si debba restituire all'attore. Nel che si contiene eziandio, che se l'attore abbia vicendevolmente a dar qualche cosa al reo, fatta la compensazione, il convenuto si debba condannare solamente nel resto. La qual compensazione nei giudizii di stretto diritta si faceva per rescritto del D. Marco, opponendo l'eccezione di dolo malo. Ma la nostra costituzione dando una più larga estensione alle compensazioni che son fondate sopra un diritto evidente, vuole che di pieno diritto diminuiscano le azioni o reali o personali o di qualunque altro modo che sieno, fuor solamente l'azione del deposito, alla quale noi crediamo che sia cosa mal fatta opporre la compensazione per qualsivoglia titolo, affinchè sotto il pretesto di compensazione il deponente non sia impedito di riscuoter le cose da lui ad altri confidate.

Per ora ci limiteremo solamente a dedurre da questo paragrafo il principio che per altro di già ci è noto (pag. 323), cioè che nelle azioni di buona fede la compensazione dovea farsi dal giudice senza la necessità che la formola gliene desse spezialmente la facoltà, mentre nelle azioni di stretto diritto egli non poteva tenerne conto se non in quanto la domanda ne fosse inserita nella formola a modo di eccezione. Rispetto ai particolari sulle regole della compensazione al tempo di Giustiniano noi ci riserbiamo di trattarne sotto il § 39. che vien appresso, e che è speciale per questa materia.

XXXI. *Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio judicis pendentes appellamus: in quibus nisi arbitrio judicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat, exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur: in rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana quae etiam hypothecaria vocatur; in personam, veluti quibus de eo agitur* quod aut metus causa aut dolo malo factum est; item cum id quod certo loco promissum est petitur. *Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus, et caeteris similibus permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei de qua actum est naturam, aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

31. Oltre a questo noi chiamiamo certe altre azioni arbitrarie, cioè che dipendono dall'arbitrio, e dalla volontà del giudice, nelle quali se il reo non soddisfa l'attore secondo la volontà e comandamente del giudice, p. e. non fa la restituzione della cosa, o l'esibizione, o il pagamento, o l'abbandono dello schiavo per causa di danno, debb'esser condannato. Tra queste azioni se ne trovano tanto delle reali, quanto delle personali: reali, come la Pubbliciana, la Serviana per le cose dell'affittuale, la quasi Serviana, la quale è eziandio chiamata ipotecaria; personali, come è l'azione nella quale si tratta di ciò che si è fatto *per forza o per paura*, o *per malizia e frode*, e similmente quella nella quale si chiede *ciò che è stato promesso in luogo certo e determinato*. Parimente l'azione *a produrre* pende dalla volontà del giudice. In tutte queste azioni, e nelle altre simili a queste è permesso al giudice che secondo l'equità e la natura di ciascuna cosa della quale si tratta giudichi in che maniera si possa satisfare all'attore.

Noi abbiamo già minutamente esposto l'origine, l'utilità, ed il carattere delle azioni arbitrarie sotto il sistema della procedura per formole (p. 323 e seg.). Nella procedura straordinaria, comechè non sia più quistione di redazione di formola, pure resta il carattere costitutivo dell'azione arbitraria; in queste tali azioni il giudice dopo avere giudicato secondo l'equità in che modo si debba satisfare all'attore, continuerà a rendere prima di venire alla sentenza, un *jussus*, o *arbitrium*, cioè un ordine preliminare col quale comanda che il reo dia in un dato termine la proposta soddisfazione; se il reo obbedisce al *jussus*, e dà la soddisfazione che gli è prescritta, sarà assoluto, altrimenti sarà condannato *quanti ea res erit*. Noi parimente sappiamo che le azioni arbitrarie furono spezialmente ed originariamente destinate a perseguire i diritti reali: di tal che tutte le azioni *in rem* tanto civili, che pretorie erano arbitrarie. Inoltre tra le azioni *in personam* si annoverano come arbitrarie: delle azioni civili, l'azione *ad exhibendum*, e l'azione *finium regundorum*; delle azioni pretorie, l'azione *quod metus causa*, l'azione *de dolo malo*, perchè tutte e quattro sono o restitutorie, o esibitorie. Di più, in ultimo luogo, l'azione *de eo quod certo loco*, che ha un carattere al tutto particolare, al quale è necessario volger l'attenzione. In quanto alle azioni *noxales* citate dal nostro testo, noi esamineremo nel titolo che ad esse è spezialmente consacrato (qui appresso tit. 8.) la quistione di sapere se sono tutte arbitrarie o no.

Quod aut metus causa aut dolo malo factum est. L'azione *quod metus causa* ci è di già nota per quel che ne abbiam detto sotto i §§ 25. e 27. che precedono. In quanto all'azione *de dolo malo* essa non si dà se non quando non vi è altra via per evitare gli effetti del dolo. Essa porta una con-

danna al semplice, e si dà solo contro l'autore medesimo del dolo; essa è infamante, ma dura un solo anno (1).

Cum id quod certo loco promissum est petitur. Quando si è formata un'obbligazione con indicazione di un luogo determinato pel pagamento, il creditore non ha diritto di esser pagato altrove che nel luogo indicato. Se dunque attacca il suo debitore in un altro luogo per farsi pagare, egli oltrepassa la misura d l suo diritto, o, come dicesi, *loco plus petitur*, vi è domanda maggiore per cagion del luogo. Se dunque l'obbligazione di che si tratta si richiede per un' azione di buona fede, o anche di stretto diritto ma che abbia per oggetto, una cosa indeterminata, e per conseguente una *intentio incerta*, questa domanda maggiore non nuoce al creditore, perchè essendo la domanda di cosa indeterminata, il giudice che è libero di determinare l' ammontare della condanna, potrà tener ragione della differenza del luogo, e diminuire d'altrettanto la condanna. Ma se l'azione è di stretto diritto ed abbia per oggetto una cosa certa, come se si tratti di dover dare un corpo certo, o una quantità determinata (*certum dare oportere*), o in altri termini, se abbia luogo una *condictio certi* (la quale può provenire o da un mutuo, o da una stipulazione, o da un legato *per damnationem*), il creditore intentando un'azione di tal fatta fuori del luogo indicato pel pagamento, dovrà necessariamente perder la lite, perchè il giudice non potrà condannare il reo all'oggetto certo che gli è domandato, non dovendolo egli in quel luogo, nè tener ragione della differenza del luogo, essendo l'azione di stretto diritto, e con l'*intentio certa*. In conseguenza il reo sarà assoluto, ed il creditore avrà inutilmente esaurita la sua azione. Per evitare cotesta perdita, egli sarà obbligato di attenersi strettamente a'termini del suo credito, e di non attaccare il debitore se non nel luogo indicato pel pagamento. Ma se il debitore abbia cura di non farsi trovare in questo luogo, il creditore non potrà mai chiamarlo *in jus*, essendochè questa *vocatio* non può aver luogo contro una persona assente: laonde non gli rimangono che i rimedii pretorii contro il debitore che si nasconde. Da un'altro lato ed indipendentemente da questa considerazione può esser utile alle due parti che la domanda ed il pagamento possano farsi altrove che nel luogo indicato, purchè si tenga conto della differenza di luogo. Il pretore è pervenuto a satisfare a queste diverse necessità facendo patire in questo caso alla *condictio certi* una modificazione che permette al creditore d'intentarla in un luogo diverso da quello stabilito pel pagamento. Questa modificazione consiste (conservando però sempre alla *condictio certi* la sua *intentio certa*): 1° nel renderla arbitraria subordinando la condanna al caso in cui il reo non satisfaccia; 2° nel render questa condanna, se dee aver luogo, indeterminata (*incerta*), affinchè il giudice abbia il potere di prendere in considerazione la differenza del luogo, e di fissare in conseguenza, secondo l'equità (*ex aequo et bono*) l'ammontare della sua sentenza. Di tal fatta è l'azione indicata sotto il nome di *actio de eo quod certo loco*. Si potrebbe congetturare con lo Zimmern che la formola fosse ordinata in questo modo: « *Judex esto: si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum Ephesi dare oportere, neque eo nomine Aulo Agerio a Numerio Negidio satisfactum erit, quanti ea res erit condemna* ». È chiaro che essa presenta queste particolarità: 1° che l'*intentio* è di diritto civile e di cosa certa come nella stessa *condictio certi*; 2° che enuncia l'obbligazione con indicazione del luogo del pagamento; 3° che la clausola *neque satisfactum erit* la rende arbitraria, perciocchè la satisfazione precedente impedisce la condanna; 4° che questa condanna è indeterminata (*quanti ea res erit*), e lasciata alla giusta e discreta estimazione del giudice. La satisfazione precedente, che il giudice può stimar sufficiente *ex aequo et bono*, può esser secondo i diversi, casi o il pagamento della cosa dovuta, tenendo ragione della differenza del luogo, o anche solamente una valida cauzione di pagare al luogo indicato (2).

---

(1) Dopo questo anno non si ha più contro di lui se non un' azione *in factum* fino alla concorrenza di quanto n'è divenuto più ricco, come avviene quando si attaccano gli eredi, contro i quali l'azione non è mai infamante. *D. 4, 3, 29, Paul. c. 17, § 1, Ulp.— Ivi 26, Gai. Ivi 28, Gai.*

(2) Ved. su tutto ciò che riguarda quest' azione qui sopra p. 325 coi testi indicati nella nota. 4.

Della condanna — Domanda maggiore *(plus petitio* **ed altri errori nella domanda. — Cagioni che possono diminuire l'ammontare della condanna: beneficio di competenza, compensazione, cessione de' beni.**

XXXII. *Curare autem debet judex ut omnimodo, quantum possibile ei sit* certae pecuniae, vel rei *sententiam ferat, etiam, si de incerta quantitate apud eum actum est.*

32. Ed il giudice debbe aver cura di far la sua sentenza per quanto egli può di *somma o cosa certa* quantunque l'azione abbia avuto per oggetto una cosa indeterminata.

Il principio da noi già esposto (qui sop. p. 343) che la condanna sotto il sistema della procedura straordinaria può esser non solamente d'una determinata somma di danaro (*certae pecuniae*) ma eziandio di qualunque altra cosa determinata (*vel rei*), e che così essa può colpire direttamente l'oggetto medesimo della domanda, si trova formalmente enunciato in queste espressioni del nostro paragrafo: « *Certae pecuniae vel rei sententiam ferat* ».

XXXIII. *Si quis agens, in intentione sua plus complexus fuerit quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est rem amittebat; nec facile in integrum a praetore restituebatur, nisi minor erat viginti quinque annis. Huic enim, sicut in aliis causis causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat, ita et in hac causa succurri solitum erat. Sane si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori viginti quinque annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quae efficiebant ut plus petiisse videretur petitor quam dodrantem, atque ideo, lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, causa. Re, veluti si quis pro decem aureis, qui ei debebantur viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majore ex parte suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem, vel ante conditionem petierit: qua ratione enim qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur; eadem ratione qui praemature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit, sine commemoratione illius loci in quo sibi dari stipulatus fuerit. v.g. si is qui ita stipulatus fuerit: EPHESI DARE SPONDES? Romae pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem quam habuit promissor si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petendi arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret; quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, velut vino, oleo, frumento, quae per singulas regiones diversa habent pretia. Sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub iisdem usuris foenerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit; idque etiam praetor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur proximus est is qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita a te stipuletur: HOMINEM STICHUM AUT DECEM AUREOS DARE SPONDES? deinde alterutrum petat, veluti hominem tantum aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, et eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa, talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum, aut aureos decem sibi dari oportere, idest ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Praeterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, et specialiter Stichum petat, aut generaliter vinum stipulatus, specialiter campanum petat, aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat, plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit aliud solvere quam quod peteretur. Quin etiam, licet vilissimum sit quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur; quia saepe accidit, ut promissori facilius sit illud solvere quod majoris pretii est. Sed haec quidem antea in usu fuerant: postea autem lex Zenoniana et nostra rem coercuit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, statui oportet quod Zenonis divae memoriae loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, omne si quod forte damnum, ut in sportulis, ex hac causa acciderit ei contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.*

33. Se un attore comprendeva nell' *intentio* più di quello che gli si aspettava, decadeva dalla causa, cioè perdeva il suo diritto, e non era così facilmente restituito in intero dal pretore, salvochè non fosse per avventura minore di 25 anni. Poichè siccome si soccorreva a questo con cognizione di causa ogni volta che per la gioventù fosse caduto in errore, così era usanza di dargli soccorso eziandio in questo caso. Ma se la cagione di errore fosse stata sì grande che ciascun altro per prudente che fosse stato avrebbe potuto ingannarsi, si soccorreva ancora a chi era maggior di età di 25 anni; come sarebbe, se qualcuno avesse chiesto tutto il legato, e dopo fossero venuti a luce i codicilli per i quali il legato fosse scemato in parte, o se si fossero dati de' legati ad alcune altre persone, cosicchè fatta la riduzione della legge Falcidia, si trovasse aver questo legatario domandato più di nove once. La plus petitione può aver luogo in quattro modi per la cosa, pel tempo, pel luogo, per la causa. Per la cosa come sarebbe se alcuno domandasse 20 soldi d'oro in cambio di 10 che gli si debbono o pretendesse tutta o quasi tutta la cosa che gli spetta in parte. Per lo tempo come sarebbe se qualcuno chiedesse innanzi che fosse giunto il termine o la condizione; poicchè siccome quello che paga

più tardi s'intende che paghi di meno, così chi chiede innanzi tempo par che che chiegga più di quel che si debbe. Pel luogo, come se alcuno quel che avea stipulato che gli fosse dato un in luogo lo chiedesse in un altro senza far menzione alcuna del luogo stabilito: come per esempio se qualcuno abbia stipulato in questa maniera: PROMETTI TU DI DARE IN EFESO? e poi pretendesse puramente e semplicemente che gli si dovesse dare in Roma. In fatti egli toglie in siffatta maniera quell' utilità che avrebbe il promettitore se pagasse in Efeso. Quindi per colui che chiede in altro luogo si è data l' azione arbitraria, nella quale si ha considerazione alla utilità che sarebbe venuta al promettitore s'egli avesse pagato in quel luogo nel quale avea promesso dover pagare. E questa utilità per lo più si trova esser di molta importanza nelle mercanzie, come sarebbe nel vino, nell' olio, nel frumento, le quali tutte cose hanno diversi prezzi ne' diversi paesi. Ed anche i danari in contanti non si prestano col medesimo interesse in tutti i paesi. Ma se alcuno chiederà in Efeso, cioè nel luogo stabilito, la sua azione pura e semplice sarà regolare, siccome lo stesso pretore lo indica, perchè in questo caso egli non toglie al promettitore l' utilità di pagare nel luogo convenuto. Lo stesso è a dire per colui che chiede di più per la causa, come se qualcuno stipulasse teco in questo modo: PROMETTI TU DI DARE LO SCHIAVO STICO, O DIECI SOLDI D'ORO? e dopo chiedesse solamente lo schiavo, o solamente i dieci soldi: qui vi ha pluspetizione, perchè in cosiffatta maniera di stipulazione l'elezione di pagare i danari, o l'uomo è del promettitore. Chi adunque pretende che gli si dia o lo schiavo soltanto, o i danari soltanto toglie l' elezione all' avversario e viene a migliorare la sua condizione, ed a peggiorar quella dell'avversario. Perciò è stata introdotta in questo caso, un'azione nella quale l'attore pretende che gli si debba dare lo schiavo Stico, o dieci soldi d' oro conformando così la sua domanda a quel che si è promesso nella stipulazione. Oltre a questo se qualcuno avrà stipulato generalmente di un uomo, e dopo chiegga Stico spezialmente, o abbia generalmente stipulato del vino, e da poi chiegga spezialmente il vino Campano, o se abbia fatta stipulazione per una porpora in generale, e dopo chiegga spezialmente quella di Tiro, in questi casi vi è plus petizione perchè egli toglie l'elemento all'avversario, il quale per ragione della stipulazione era in libertà di pagar altro da quel che si addimanda. E quantunque la cosa dimandata fosse vile, nondimeno s'intenderebbe essersi domandato di più, perchè spesse volte suol avvenire che al promettitore sia più facile pagar quello che val più che quello che val meno. Ma tutto ciò era in uso anticamente per la legge di Zenone, e la nostra restrinse questa materia. Quando si sarà chiesto di più per lo tempo si dovrà decidere secondo che ordina la costituzione di Zenone di gloriosa memoria. Se poi si sarà dimandato di più per la quantità, o per qualunque altro modo, se per questa cagione sia avvenuto danno a colui contro il quale si è domandato, l'attore sarà punito, come innanzi è detto, con una condanna nel triplo di questo danno.

Questo paragrafo, e i due che seguono trattano delle conseguenze degli errori commessi dall'attore nella sua domanda, e segnatamente della domanda maggiore (*plus-petitio* o *pluris petitio*) (1).

Sotto il sistema formolario il giudice essendo, in quanto alla sua missione ed al potere, ristretto ne' termini stessi della formola, dovea, quanto l' *intentio* dell'attore non era giustificata, assolvere il convenuto, giacchè questo eragli imposto dalla formola « SI PARET ... CONDEMNA; SI NON PARET ABSOLVE » Se dunque l' attore avea nella sua *intentio*, sotto un rapporto qualunque, domandato di più che non gli era dovuto, quest' *intentio* si trovava non giustificata, il giudice non avea il diritto di distinguere se vi era una parte di vero nella pretensione falsa, giacchè la condizione impostagli nella formola per la sentenza da rendere era indivisibile: « SI PARET ... SI NON PARET ... etc. » Dunque in questo caso dovea assolvere il reo. Ed allora siccome il diritto dedotto in giudizio si trovava estinto o *ipso iure* per la novazione giudiziaria, o *exceptionis ope*, secondo la diversità de' casi (qui sop. p. 339), così l'attore trovavasi decaduto da qualunque azione (*causa cadebat*). Di tal fatto era l'effetto della *plus-petitio* secondo le conseguenze rigorose de' principii della procedura formolaria.

Ma è da osservare, che se la formola con la quale si esercita l'azione è una formola *incerta* nella quale l' *intentio* non è di un oggetto certo, ma vi si domanda soltanto QUIDQUID PARET ... etc. QUANTI EA RES ERIT .... etc. non può avvenire che vi sia *plus-petitio*, essendocchè l'attore non domanda se non quello che sarà giudicato convenevole (2).

Potrebbe accadere che l'errore per eccesso in luogo di esser nell'*intentio* si trovasse in qualche altra parte della formola, come sarebbe nella *demonstratio*, o nella *condemnatio*. Esso allora non avrebbe gli effetti dell'errore nell'*intentio*, perciocchè la sola *intentio* forma la condizione della sentenza da pronunziare. L'eccesso nella *demonstratio* non nuocerebbe all'attore, e resterebbe senza conseguenza, salvochè non si trattasse di una di quelle azioni, nelle quali l'*intentio* e la *demonstratio* son confuse in uno, e fanno un sol tutto (p. 293, 296, 302, 316). In quanto all'eccesso nella *condemnatio*, senza aver conseguenza contro all'attore, potrebbe nuocere al reo; ma questi per una *restitutio in integrum*

(1) *Cod. 3. 10. plus-petitionibus.*

(2) *Gai. Com. 4, § 54*

potrebbe ottener la rettificazione di questa parte della formola (p. 309 con la nota 12).

Tali sono in somma nella procedura formolaria i principii sulla domanda eccessiva che noi troviamo accuratamente svolti nelle Istituta di Gaio (1).

Ma nella procedura straordinaria, in cui l' ufficio del magistrato e del giudice son confusi, in cui il giudice non è più ristretto ne' termini di una formola, ma ha maggior latitudine, queste conseguenze dell' eccessiva domanda non sono più una necessità logica; e siccome erano di un rigore ingiusto, così furono modificate.

Secondo una costituzione di Zenone citata dal nostro testo l'attore che farà richiesta prima del tempo soffrirà una dilazione doppia del termine primitivo, senza poter reclamare gl'interessi decorsi nell'intervallo, e con obbligo, se vuol rinnovare l'azione, di rimborsare al reo tutte le spese cagionategli dalla prima istanza (2).

Secondo Giustiniano ogni altra eccessiva domanda vien repressa con l'obbligazione imposta all' attore di pagare al convenuto il triplo del danno che l'eccesso della domanda per avventura gli avrà arrecato, e segnatamente il triplo dell'eccesso del salario che sarà stato obbligato di dare agli *executores* o uscieri (3).

Del rimanente, a quest'epoca che non si tratta più d'*intentio*, nè delle altre parti della formola, s'intende per *plus-petitio* ogni eccesso nella domanda formolata nel *libellus conventionis* (4).

Il nostro paragrafo spiega sufficientemente come la *plus-petitio* può aver luogo per quattro riguardi: *re*, *tempore*, *loco*, *causa*; e però noi non aggiungiamo niuna spiegazione a quelle date dal testo.

Si richiami alla memoria che precisamente per evitare la decadenza della *plus-petitio* per ragione del luogo, fu introdotta l'azione arbitraria *de eo quod certo loco* (sop. §. 51).

In quanto alla *plus-petitio* per ragione dell'esistenza di una condizione, pare che essa sia stata l'oggetto di una controversia tra i giureconsulti, e ne rimangono tuttora le tracce nel Digesto di Giustiniano. Così si trovano de' testi, ne' quali è detto, che coloro i quali intentano un'azione innanzi che la condizione siasi verificata per cose che son loro dovute sotto condizione, fanno cosa irregolare, ma non pertanto possono introdurre nuovamente l'azione dopo avverata la condizione (5). Si potrebbero interpetrare in questo senso, che essi non intendono dire che le conseguenze della *plus-petitio* non sieno applicabili a'crediti condizionali; ma soltanto che coloro, i quali abbiano introdotto giudizio prima dell'avveramento della condizione, e di poi abbiano rinunziato avanti il pretore al loro progetto, perchè questi abbiano fatto loro notare l'irregolarità della loro pretesa, possano di poi venire a dimandar l'azione dopo l'adempimento della condizione (6),

XXXIV. *Si minus in intentione complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat; veluti si eum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si, cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit. In reliquum enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio condemnat ex constitutione divae memoriae Zenonis.*

34. Ma se l' attore avrà compreso nell' *intentio* meno di quel che gli si deve, come p. e. se dovendo avere dieci, abbia detto che gli si debbano cinque, o essendo il fondo tutto suo, ne abbia reclamato la metà, egli non corre alcun pericolo. Il giudice nel medesimo giudizio dee condannare l' avversario anche nel resto, secondo la costituzione di Zenone di divina memoria.

Altre volte quando l'attore domandava meno di quel che gli era dovuto, il suo diritto non si estingueva se non fino a concorrenza di ciò che avea domandato; egli dunque poteva ottenere una nuova azione pel resto, purchè non l'addimandasse durante la medesima pretura (7); *periculum* allora indicava il pericolo di perder l'azione. Ma sotto Giustiniano *sine periculo agit* significa che l'attore non avrà bisogno d'intentare una nuova azione per ottenere il resto.

XXXV. *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet; sed in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittimus: veluti si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento*

(1) *Gai. Com. 4*, §§ *53, a 60*, e segnatamente § *57*, per l'errore nella *condemnatio*; §§ *58, e seg.* per errore nella *demonstratio*.

(2) *C. 3, 10, De* plus petit. *1, const. Zen.*; *e 2*, pr. const. Giustinian.

(3) *Ivi 2*, § *2*, const. Just.

(4) *Ivi 2*, § *2*.

(5) *D. 22, 1, 13*, § *5*, Scaev. — *21, 1, 43*, § *9*, *Paul.* — *Ivi 46, 3, 36*, *Jul.*

(6) Inst. *4, 13*, § *10*.

(7) *Gai. Com. 4*, § *56*.

sibi duri oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

35. Se qualcuno chiederà una cosa per un'altra, non corre pericolo: ma se gli concede che in quel medesimo giudizio, conosciuta la verità, possa correggere il suo errore, come sarebbe se colui che dovea chiedere Stico avesse chiesto Erote, o se alcuno avesse preteso doversi dare per testamento quel che gli era dovuto per una stipulazione.

Anticamente quando si era domandata una cosa per un'altra si perdeva la lite, ma si poteva per una nuova azione domandare la cosa dovuta senza temere l'eccezione della cosa giudicata, e questo, durante la medesima pretura. Dopo avere esercitata l'azione per una parte soltanto di ciò che era dovuto, si poteva intentar l'azione anche per l'altra parte, ma purchè questo si facesse sotto un'altra pretura, altrimenti l'attore sarebbe stato respinto con l'eccezione *litis dividuae* (1).

XXXVI. *Sunt praeterea quaedam actiones quibus non solidum quod nobis debetur persequimur; sed modo solidum consequimur, modo minus: ut ecce, si in peculium filii servire agamus. Nam si non minus in peculio sit quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur; si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.*

36. Vi sono inoltre certe azioni per le quali otteniamo ora tutto, ed ora meno di quel che ci si debbe, p. es. quando intentiamo azione per esser pagati sul peculio del figliuolo o dello schiavo. Se nel peculio non vi sarà meno di quel che chiediamo, il padre ed il padrone è condannato nel tutto; ma se si trova esservi meno, il giudice lo condanna per quel tanto che si trova nel peculio. In che maniera poi si abbia ad intendere il peculio lo diremo a suo luogo.

XXXVII. *Item si de dote judicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere quatenus facere possit, id est quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur: si minus, in tantum quantum facere potest.* Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur; *nam ob impensas in res dotales factas merito retentio concessa est, quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.*

37. Similmente se la donna agisce per la sua dote, il marito debba esser condannato fino alla concorrenza di quanto comportano le sue facoltà. Laonde se la sua fortuna è sufficiente per la dote, egli è condannato nel tutto, e se meno, è condannato in quel che può fare. *La dote parimente si diminuisce per la ritenuta*, che il marito ha diritto di fare per le spese occorse intorno alle cose dotali; perchè la dote si diminuisce di diritto per le spese necessarie, siccome si può vedere nei libri più estesi del Digesto.

Vi ha certi casi ne'quali il reo non debb'esser condannato se non fino alla concorrenza di ciò che le sue facoltà comportano: *in id quod facere potest*, cioè fino alla concorrenza del valore del suo patrimonio (2). Al che la giurisprudenza aggiunse che si dovesse lasciare al debitore tanto da non ridurlo ad una perfetta miseria: « *ne egeant* » (3). Noi sappiamo che il debitore facea valer questo vantaggio sotto forma di un'eccezione tutta particolare, mediante la quale la *condemnatio* si restringeva *dumtaxat in id quod facere potest*; e che per conseguente i testi danno frequentemente a questo benefizio il titolo di eccezione *quod facere potest* (quì sop. p. 308). I comentatori lo distinguono col nome barbaro di beneficio di competenza (*beneficium competentiae*).

Questo benefizio appartiene; agli ascendenti convenuti da un loro discendente; a'fratelli tra loro; al padrone, alla padrona, a'loro figliuoli ed ascendenti convenuti da un loro liberto; a' conjugi tra loro; a'socii che agiscono l'un contro l'altro con l'azione *pro socio*; al donante convenuto dal donatario per esecuzione della sua donazione; a colui che ha fatto cessione dei beni, e ad alcuni altri ancora. Esso è personale, e non si trasmette agli eredi di colui che ne gode. Le Istituzioni nel nostro paragrafo, e nel seguente annoverano i principali tra questi casi.

Il nostro paragrafo riguardo all'azione tra coniugi non parla che dell'azione di ripresa della dote; ma questo benefizio fu renduto generale sotto Antonino il Pio, ed esteso ad ogni credito tra marito e moglie, salvo quelli risultanti da delitti (4).

Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Il marito, quando la dote è in danaro, non è obbligato a restituirla, se non deducendone le spese necessarie; perciocchè la dote in danaro è diminuita di pieno diritto per cosiffate spese. Se la restituzione della dote non debb'esser fatta in danaro, il marito non può fare la deduzione, ma solamente ritener la dote fino a che non sia rimborsato: Giustiniano limitando la riduzione o la ritenuta al caso delle spese necessarie, ha soppresso le

(1) *Gai. Com 4, § 56.*
(2) *D. 42, 1,* De re jud. *leg. 16, a 21.*
(3) *D. 50, 17.* De reg. jur. *173, pr. f. Paul.*
(4) *D. 42, 1,* De re jud. *20, f. Mod.*

altre ritenute che per addietro erano in uso (1). In quanto alle spese utili, il marito anticamente avea eziandio un diritto di ritenuta, perchè non fossero state fatte a malgrado della moglie (2). Giustiniano ha tolto via questo diritto di ritenuta, ed ha dato al marito per ricuperare le spese la semplice azione di mandato, o di gestione di negozî (3). Per quanto si appartiene alle spese di abbellimento o di piacere il marito ha soltanto il *jus tollendi*, cioè il diritto di riprendere tutto ciò che può essere utilmente separato

XXXVIII. *Sed si quis cum parente suo patrono ve agat; item si socius cum socio judicio societotis agat, non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est si quis ex donatione sua conveniatur.*

38. Ma se alcuno muoverà giudizio col suo ascendente, o *patronus*, o il socio con l'altro socio, l'attore non conseguirà più di quel che il suo avversario può fare: ed il medesimo è se qualcuno sarà chiamato in giudizio per la sua donazione.

Il benefizio dato al donante ha questo di particolare, che il suo patrimonio si valuta facendo deduzione de'debiti del donante verso gli altri creditori, affinchè il donatario non profitti della liberalità se non dopo pagati i debiti: « *In quantum facere potest condemnatur: et quidem is solus deducto aere alieno* » (4).

XXXIX. *Compensationes quoque oppositae plerumque efficiunt ut minus quisque consequatur, quam ei debebatur. Namque ex bono et aequo habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem causa praestare oportet, judex in reliquum eum cum quo actum est condemnat, sicut jam dictum est.*

39. Anche la compensazione opposta fa sì per lo più che alcuno conseguisca meno di quel che si debbe dal convenuto; poichè fatta secondo l'equità la computazione di quel che l'attore dee dare per la medesima causa, il giudice condanna il reo nel rimanente, siccome si è detto di sopra.

Allorchè due persone si trovano nel tempo medesimo debitrici e creditrici l'una dell'altra di cose esigibili della medesima natura, e tali che l'una possa tenere il luogo dell'altra, invece di obbligar tali persone a pagare ciascuna alla sua volta, riprendendo così con una mano quel che avran pagato con l'altra, è cosa molto più comoda e più utile alle due parti, e per questo anche più ragionevole, di ridurre a semplicità l'operazione reciproca, e di non obbligare che al solo pagamento del resto quella delle due parti che se ne troverà debitrice. Questa computazione reciproca si addimanda compensazione (*pendere cum*, pesare con). Essa è definita da Modestino in questo modo: « *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* », la contribuzione tra il debito e il credito, o l'imputazione reciproca di uno sull'altro (5). E Pomponio ne indica l'utilità, ed il fondamento di ragione in questi termini: « *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere* »: è cosa più utile per noi di non pagare, che di ridomandare quel che abbiam pagato (6).

Non pertanto ne' primordii del diritto romano la compensazione non era tra le cause di estinguere un'obbligazione. Essa era un certo che di comodità e di equità tra le parti, ma non era già un avvenimento che potesse sciogliere i rispettivi legami di diritto che tra loro si eran formati. E però non l'abbiam veduta figurare tra i modi di pagamento (*solutio*) neppure nelle Instituzioni di Giustiniano (sop. p. 212, e seg.). Tuttavia col tempo le regole intorno a questa materia progredirono nella giurisprudenza e nella legislazione Romana, e siffattamante si modificarono, soprattutto nel sistema legislativo di Giustiniano, che non si possono più legger con sicurezza gli antichi testi intorno a tal materia messi da quest'imperadore nel Digesto; tante son le alterazioni o interpolazioni che han dovuto patire per accomodarsi al sistema che allora era in vigore (7). La sola storia può farci comprendere il carattere ed il cammino delle idee su questa materia.

Sotto il sistema formolario, nelle azioni di buona fede, p. e. in un'azione *empti* o *venditi*, *locati* o *conducti*, *pro socio*, *mandati*, ed altre somiglianti, siccome il giudice avea il carico di computare *ex aequo et bono* ciò che il convenuto dovea; e di condannarlo a questo; e da un altro lato siccome il fatto invocato come causa dell'obbligazione era di tal natura da poter far nascere degli obblighi da una parte e dall'altra (*ultro citroque*), parve contrario all'equità di condannare il reo a tutto la ammontare della sua obbligazione quan-

(1) Ulp. Reg. *6, 9, e seg.*
(2) *D. 50, 16, 79, § 1, f. Paul.* — *Ivi 25, 1, 7, § 1, Ulp.*
(3) *C. 5, 15, Un. § 1.*
(4) *D. 42, 1.* De re *jud.* 19 § 1 *f. Paul.*
(5) *D. 16, 2.* De compens. *1, f. Mod-*
(6) *Ivi 3 f. Pomp.*
(7) *D. 16, 2, e C. 4, 31.* De comp.

do l'attore stesso dovesse dal suo canto qualche cosa per effetto dal medesimo fatto (*ex eadem causa*). In conseguenza fu ammesso che in somigliante caso apparterrebbe al giudice di valutare le scambievoli obbligazioni delle parti, di farne la compensazione, e di non condannare il reo che al pagamento del resto, se alcuno ve n'era a suo carico. Questo dovè aver luogo non solamente quando ciascuna delle reciproche obbligazioni avea per oggetto delle cose di una medesima natura, e che potevano mettersi una in luogo di un'altra p. e. del danaro, del vino, del frumento; ma eziandio quando l'oggetto era al tutto differente, come nella vendita, nella locazione, nel comodato; e ciò per la semplicissima ragione, che nel sistema formolario siccome ogni condanna era pecuniaria, così ogni qualsivoglia obbligazione si riduceva sempre dal giudice ad una valutazione in danaro, e di questo egli dovea far la compensazione. A questo potere del giudice alludevano i romani giureconsulti quando dicevano che la compensazione nelle azioni di buona fede e per le obbligazioni procedenti *ex eadem causa* avea luogo *ipso jure*, cioè *ex officio judicis*, senza che fosse necessario che le parti ne ottenessero il diritto dal pretore, nè che la formola ne conferisse spezialmente il potere al giudice (1). Ma se il giudice non l'avea fatta, sussisteva sempre l'azione primitiva per farsi pagare il credito non compensato, perchè la compensazione, anche nel caso delle azioni di buona fede, era soltanto una conseguenza della procedura, e non un vero modo di estinguer le obbligazioni (2).

Questo potere di compensazione, nelle azioni di buona fede, non avea luogo che per le obbligazioni procedenti *ex eadem causa*; poichè il giudice romano non era che un uomo privato, la cui missione non si estendeva al di là dell'affare cui era stato delegato. La formola gli dava carico di giudicare, *ex aequo et bono* un'azione di vendita: p. e. egli dovea prendere in considerazione tutte le obbligazioni risultanti da questo contratto di vendita; ma se una delle parti veniva ad eccepire contro quel che pretendeva essergli dovuto in virtù di tutt'altra causa, p. e. in virtù di locazione, di società, di delitto, fatti non previsti e non compresi nella formola, il giudice era senza potere a tal riguardo.

Una materia speciale ricevè in questo punto delle regole al tutto differenti. Allorchè l'*argentarius* che facea commercio del danaro, e che avea co' suoi clienti dei conti aperti di crediti e di debiti voleva intentare un'azione contro alcuno di loro per farsi pagare ciò che gli era dovuto, egli era obbligato di regolarne da se medesimo il conto, di farne la compesazione, e di non chiamare in giudizio il suo debitore se non pel resto che questi gli dovea. Se egli nella sua *intentio* gli avesse chiesto un solo soldo di più (*uno nummo*), vi era da sua parte *plus petitio* e per conseguente perdeva la sua causa e si trovava decaduto dalla sua azione (*causa cadit, et ob id rem perdit*). Questo è un caso particolare, tutto eccezionale in cui la compensazione prende un carattere tutto speciale e degno di esser notato: quì si potrebbe dire ch'essa estingue in certo modo l'obbligazione medesima, giacchè per la *plus-petitio* l'*argentarius* che ha dimandato al di là del residuo del suo credito decade dalla sua azione. Anche per questa sorta di compensazione eccezionale i Romani richiedevano non solo che i debiti e i crediti scambievoli tra l'*argentarius*, ed il suo cliente fosser tutti esigibili, ma ancora che avesser per oggetto delle cose d'un medesimo genere, d'una medesima natura, tali che l'una potesse stare in luogo dell'altra: come danaro, vino frumento. Alcuni giureconsulti richiedevano anche che si trattasse di vino, di frumento della medesima qualità (3).

Finalmente la giurisprudenza ammise come principio generale che vi ha dolo in quel tale che domanda ciò che nell'istante medesimo sarà obbligato a rendere: «*Dolo facit qui petit quod redditurus est*» (4). In conseguenza nelle azioni di stretto diritto le quali provengono da obbligazioni unilaterali, quando l'attore era alla sua volta per un altra cagione (*ex dispari causa*) debitore di colui contro al quale muoveva giudizio, s'introdusse l'uso di domandare e di ottenere dal pretore contro di lui

(1) *Gai. Com. 4*, §§ *61, e 63*. — *D. 16, 2*. De com. *21, f. Paul.* — E qui sopra § *30*.

(2) *D. 3, 5*. De neg. gest. *8*, § *2, f. Ulp. e 27*, *4*. De contr. *tut.* act. *1*, § *4, f. Ulp.*, in cui si tratta precisamente di azioni di buona fede. — *16, 2*. De comp. *7*, § *1, f. Ulp.*

(3) *Gai. Com. 4*, §§ *64, a 68*. — Noi non diremo nulla della *deductio* di cui Gajo tratta ne' medesimi paragrafi, e che paragona alla *compensatio*, perchè questo particolare intralcerebbe inutilmente le nostre spiegazioni.

(4) *D. 44, 4*. De doli mali except. *8, f. Paul.* — *50, 17*. De reg. jur. *173*, § *3, f. Paul.*

nella redazione della formola l'eccezione di dolo fondata sulla ragione che avrebbe dovuto far la compensazione, e far la domanda solamente pel resto. Questo modo di difesa non si dava prima che secondo le circostanze, ma dipoi un rescritto di Marc-Aurelio lo stabilì come regola legislativa (1). E per tal modo mediante l'eccezione di dolo si potè far valere la compensazione, anche nelle azioni di stretto diritto, ed in conseguenza *ex dispari causa*.

In fatti quì il giudice, quantunque l'obbligazione procedesse da altra causa, non si trovava più senza potere, poichè il fatto si trovava specialmente previsto e inserito nella formola: ma a riguardo di ogni altro fatto all'infuori di quello compreso nella eccezione, egli sarebbe stato incompetente.

Ma qual era l'effetto della compensazione così opposta per via dell'eccezione di dolo? Era questo effetto di dare al giudice, come nelle azioni di buona fede, il potere di far la compensazione tra i rispettivi debiti e crediti, e di condannare il reo solo al residuo? Noi dobbiam confessare che questa opinione è la più generalmente diffusa, che è la più semplice, e quella che meglio si accorda con le nostre idee attuali. Non però di meno se si esamini la compensazione nella sua origine, sotto il regime formolario, sotto il quale nacque, e secondo i novelli lumi che ci può fornire il manoscritto di Gaio, ci pare impossibile di ammetter siffatta opinione; noi siam convinti che si debba ributtarla come inesatta, e come quella che trasporta alla compensazione del regime formolario ciò che ebbe luogo più tardi per le innovazioni di Giustiniano. In fatti la compensazione della quale ragioniamo, cioè quella che avea luogo nelle azioni di stretto diritto si facea valer con una eccezione di dolo; or qual'era l'effetto di quest'eccezione quando era giustificata? di far assolvere il reo. La formola ci è ben nota: «SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT, NEQUE FIAT... CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLVE (quì sop. p. 306).

Quì l'alternativa è unicamente di condannare o di assolvere. Egli è assolutamente lo stesso, se in luogo di proporre l'eccezione sotto la qualifica di dolo, il pretore per un riguardo per l'attore l'abbia conceputa *in factum*. L'alternativa non varia: condannare, o assolvere. Bisognerebbe sconvolgere tutte le nostre idee sulle eccezioni in diritto romano, bisognerebbe trovar una formola al tutto differente da quelle che conosciamo, per darci ad intendere che il loro effetto potesse esser di dare al giudice in un'azione di stretto diritto la missione di fare una compensazione, e di condannare al residuo.

Egli è vero che talune eccezioni o parti accessorie della formola potevano avere quest'effetto. Tal era il caso de'tre paragrafi precedenti, cioè il caso della condanna fino a concorrenza del peculio, e di ciò ch'era tornato a profitto del padrone, ed il caso della condanna *in quantum facere potest*. Ma allora questa restrizione non è apposta alla pretensione dell'attore o vogliam dire *intentio*, ma alla *condemnatio*; il pretore non ne fa una condizione della condanna SI NON .. SI NIHIL... etc. ma ne fa una limitazione dell'ammontare di questa condanna: DUMTAXAT *de peculio et de eo quod in rem versum est*... ovvero DUMTAXAT *in id quod facere potest* CONDEMNA (ved. quì sop. p. 307). Or l'eccezione di dolo, o l'eccezione *in factum composita* non è nè di tal natura, nè di tal forma. I Romani avean certamente in alcuni casi totalmente speciali una restrizione di tal fatta, che scemava soltanto l'ammontare della condanna, e che avea grande analogia con la compensazione, e questa era la *deductio* fattaci conoscere da Gaio. Ma questi precisamente la paragona alla compensazione per farnela ben distinguere; egli ne fa il parallelo, e tra le altre differenze distintive ne accenna questa: che la compensazione si pone nell'*intentio*, onde segue che porta decadenza per la *plus-petitio*, se la domanda eccede di un solo soldo il residuo, laddove la deduzione si alloga nella *condemnatio*, dal che segue che non fa correre alcun pericolo di decadenza (2).

Teniam dunque per certo che la compensazione nelle azioni di stretto diritto facendosi valer con una eccezione di dolo, o almeno con una eccezione *in factum composita* segue le ordinarie regole di siffatte eccezioni. Or l'effetto costante di tali eccezioni quando son giustificate è di far assolvere il reo, il che porta decadenza per l'attore da ogni ulteriore azione; tale adunque sarà il risultato dell'eccezione di dolo

(1) Qui sopra § 30.

(2) *Gai. 4, § 68. « Praeterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur : quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. Deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petendi periculum non intervenit, utique bonorum emptore agente, qui licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit ».*

opposta per cagion di compensazione. Di maniera che l'attore se vuol evitare questa decadenza sarà obbligato di far come l'*argentarius* da se medesimo la compensazione, e di domandare soltanto ciò che resta, o almeno di ammetter la compensazione dal momento che innanzi al pretore sarà invocata, e di ridurre per conseguente la sua domanda prima della *litis contestatio* (1). Io penso ch'egli avrebbe eziandio potuto evitare ogni pericolo mettendo nella sua domanda una *praescriptio* che la limitasse a ciò che non si troverebbe compensato (p. 304 e seg.), per modo che il giudice allora sarebbe stato investito del potere di fare questa tal compensazione.

Da ciò chiaramente si vede, che l'eccezione di dolo per causa di compensazione non fu che un modo di estendere ad ogni persona le regole speciali ammesse per l'*argentarius*. La compensazione che l'*argentarius* era direttamente obbligato di fare a fin di evitare la decadenza per la *plus-petitio* divenne un obbligo generale per tutti, o almeno si dovea proporre per via di una *praescriptio* a fin di evitare la decadenza per la giustificazione dell'eccezione di dolo. L'andamento storico è semplice, e naturalissimo.

Ma da che questo risultamento non si otteneva altrimenti dal convenuto che mediante un eccezione, conseguita necessariamente che per principio la compensazione non produceva l'esenzione delle obbligazioni; ciascuna di esse continuava a sussistere con le azioni che vi erano attribuite: e se davasi la *condictio indebiti* a colui che avea pagato per errore un debito che avrebbe potuto compensare (2), ciò avveniva perchè la *condictio indebiti* davasi a colui che avea adempiuta per errore un'obbligazione contro la quale avrebbe potuto difendersi con un'eccezione perpetua (3). Nondimeno dal momento che la compensazione era ammessa, fosse anche per mezzo del eccezione, essa avea un effetto retroattivo, i suoi effetti si riportavano all'istante medesimo in cui i due crediti scambievoli eran cominciati ad essere insieme; e da questo momento era tenuto l'attore di fare la sua computazione, e di determinare il resto del credito a fin di evitare le conseguenze dell'eccezione di dolo. In questo senso appunto un rescritto dell'imperadore Alesandro dice

---

(1) Questo è chiarissimamente detto nel frammanto delle Sentenze di Paolo: « *Compensatio debiti ex pari specie et causa dispari admittitur: velut si pecuniam tibi debeam, et tu mihi pecuniam debeas aut frumentum, aut caetera hujusmondi, licet ex diverso contractu, compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo causa cadis* » (*Paul. Sent.* 2, 5, § 5). — Gli antichi comentatori per non poter intendere questo frammento han detto che seguono l'antica credenza sugli effetti della compensazione opposta per eccezione di dolo. Essi suppongono che in questo frammento sia spezialmente quistione dell'*argentarius* che una interpolazione avrebbe fatto sparire. Ma nè la storia nè il contesto, e la redazione generale di questo frammento si prestano alla supposizione di una tale alterazione. — Si potrebbe nell'opinione contraria a quella che esponiamo invocare Teofilo il quale, a dir vero, nella parafrasi del § 30 qui sopra dice positivamente, che l'eccezione di compensazione dava al giudice il potere di fare la compensazione, e di condannare al residuo. Ma a me pare evidente che Teofilo s'inganni prendendo ciò che si usava a' tempi suoi per ciò che anticamente avea luogo Io non so se alcuno crederà poter argomentare eziandio dal testo delle Instituzioni § 36. « *Sunt praeterea quaedam actiones, quibus non solidum quod nobis debetur persequimur: sed modo solidum consequimur, modo minus*». Somiglianti argomenti son ben ristretti e giudaici. Ed anche qui si potrebber rivolgere contro l'opinione che combattiamo. Il Testo infatti non dice: « Vi ha certe azioni nelle quali *otteniamo* meno di quel che ci è dovuto » ; ma sibbene: Vi ha certe azioni per le quali *domandiamo* (*persequimur*) meno di quel che ci è dovuto. Del resto noi facciamo poco conto di cosiffatti argomenti. Egli è certo che nelle azioni *de peculio, in id quod facere potest*, ed in quelle di buona fede in cui vi è luogo a compensazione la condanna è quella che si scema, mentre nella compensazione dell'*argentarius* e secondo il nostro avviso, in quella delle azioni di stretto diritto, la domanda debb'esser diminuita per evitar la decadenza; ma in somma tanto nelle une che nelle altre sia per la diminuzione della condanna, sia per timore o per l'effetto della decadenza, egli è certo che noi otteniamo meno di quel che ci è dovuto. D'altra parte questo testo, secondo ogni probabilità, è tratto da Gajo: or Gajo dopo la compensazione delle azioni di buona fede mette quella dell'*argentarius*, per la quale non si può negare che la diminuzione abbia luogo nella domanda, mentre non dice assolutamente nulla della compensazione opposta per via dell'eccezione di dolo nelle azioni di stretto diritto, egli non ne parla, non dice nè che diminuisca la domanda, nè molto meno che diminuisca la condanna (G. 4, §§ 61, e seg. senza) dubbio perchè essa rientra unicamente nelle regole generali delle eccezioni. In somma gli effetti dell'eccezione di dolo in generale o che sia composta *in jus* o *in factum* sono incontrastabili. E se si applicano alla compensazione, questa semplice applicazione le da, secondo noi, tanta chiarezza, e toglie via tante difficoltà inestricabili, che non si può fare a meno di non conoscer all'istante medesimo la verità.

(2) *D. 16*, 2. De comp. *10*, § *1*, *f. Ulp.*

(3) *D. 12*, *6*. De cond. ind. *26*, § *5*, *f. Ulp.*

che la compensazione produce i suoi effetti *ipso jure ex eo tempore eo quo ab utraque parte debetur* (1). È chiaro che questa espressione *ipso jure* può con le sue diverse significazioni agevolmente indurre in errore in questa materia. Talvolta, come nel caso delle azioni di buona fede, e dell'azione dell'*argentarius*, può significare che la compensazione produce i suoi effetti direttamente, senza l'intervenimento del magistrato, e senza che si dia veruna eccezione; e talvolta significa che la compensazione per tutti i casi in cui ha luogo, ed in qualunque modo sia ammessa ha un effetto retroattivo, e produce i suoi risultamenti dall'istante medesimo che i due crediti esistono insieme, senza l'intervento di alcuna persona in quel momento. In somma sono da distinguere sotto il sistema formolario tre diverse gradazioni di compensazione:

1° La compensazione nelle azioni di buona fede, che ha luogo senza intervenimento del magistrato o alcuna speciale concessione, per le obbligazioni che precedono dalla medesima causa (*ex eadem causa*), anche di oggetti differenti (*ex dispari specie*), ed il cui effetto è di dare al giudice il potere di condannare il reo soltanto al pagamento del resto.

2° La compensazione nelle azioni dell'*argentarius* che debb'esser fatta dall'*argentarius* medesimo, ed ha luogo per obbligazioni procedenti da cause diverse (*ex dispari causa*), ma per oggetti della medesima natura e fungibili (*ex pari specie*), ed il cui effetto è di far decadere per cagione della *plus-petitio* l'*argentarius* che abbia trascurato di farla egli medesimo nella sua domanda.

3° La compensazione nelle azioni di stretto diritto intentate da qualunque persona; la quale si oppone mediante un'eccezione di dolo, che ha luogo egualmenmente per obbligazioni procedenti da diverse cagioni, ma per oggetti della medesima natura e fungibili (*ex pari specie et dispari causa*), ed il cui effetto è di far decadere, giustificando l'eccezione di dolo, l'attore che ha ricusato di tenerne conto prima della *litis contestatio*, o che almeno non l'ha proposta per mezzo di una *praescriptio*.

Del rimanente sì le une come le altre quando sono ammesse operano *ipso jure*, vale a dire hanno un effetto retroattivo che si riporta all'istante medesimo della coesistenza dei due crediti reciproci.

Dopo questo cenno storico è agevole a vedere che Giustiniano non ha fatto altro che tor via la necessità dell'eccezione di dolo, e per conseguente ha renduto generale e comune a tutti ciò che anticamente avea luogo l'*argentarius*. In conseguenza, come dice Teofilo nella sua parafrasi del § 30. qui sopra, i crediti reciproci si estinguono fino a concorrenza di ciò che è ugualmente dovuto dall'una e dall'altra parte, e non rimane più altra obbligazione, se non quella del resto. D'altra parte siccome la *plus-petitio* non porta più decadenza, nè vi è alcuna formola o eccezione da dover prima impetrare dal pretore, spetta al giudice medesimo, sotto questo sistema di far la compensazione, quando non l'abbia fatta lo stesso attore nella sua domanda, e diminuire di altrettanto la condanna. Di tal che noi troviamo riuniti in uno i diversi vantaggi di ciò che avea luogo nelle azioni di buona fede, nelle azioni di stretto diritto, e nel caso dell'*argentarius*; la qual sorta di mescuglio noi incontriam di frequente nella legislazione di Giustiniano. Non pertanto si travan messi nel corpo di diritto di Giustiniano alcuni testi i quali portano ancora le vestigia dell'antica giurisprudenza, e vengono a gittar tenebre o ad ingenerare errori in questa materia. Così mala mente nel nostro paragrafo si trova ancora l'espressione *ex eadem causa*, la quale si riferisce a ciò che altra volta avea luogo nelle azioni di buona fede, ma che non è abblicabile al sistema di Giustiniano, e che in conseguenza ragionevolmente è scomparso dal § 30. che precede.

L'imperadore estendendo per siffatto modo la compensazione che anticamente avea luogo *ex dispari causa et pari specie*, richiede inoltre che ciascuno de'crediti sia certo (*jure aperto*, ved. il § 30. che precede), e liquido (*cum causa liquida*) dice la sua Costituzione nel Codice (2).

Egli vuole inoltre per rispetto della fede dovuta nel deposito che la compensazione non possa aver luogo nell'azione *depositi* (3). Di maniera che colui p. e. al quale è stata affidata in deposito una somma di danaro non potrà compensarla con una somma eguale di cui egli fosse divenuto creditore contro il deponente.

XL. Eum quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum

(1) *C. 4, 31.* De comp. *4, const. Alex.*
(2) *C. 4, 31.* De comp. *14*, § *1, const. Justinian.*
(3) Lo stesso paragrafo 30 qui sopra, e la medesima costituzione.

molumentum habeat, ex integro in id quod facere potest, creditores cum eo experiuntur: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

40. Ed ancora se colui che ha ceduto i suoi beni a' creditori, acquisti dipoi tanto che abbia abbastanza facoltà: i suoi creditori possono di nuovo entar giudizio contro di lui, fino a concorrenza di ciò ch'egli può fare; perciocchè era cosa troppo crudele che colui il quale si era spogliato di ogni sua facoltà fosse condannato nel tutto.

Noi quì non aggiungeremo nulla a ciò che di già abbiam detto della cessione dei beni (p. 335).

TITULUS VII.

QUOD CUM EO CONTRACTUM EST QUI IN ALIENA POTESTATE EST.

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione qua in peculium filiorum familias servorumque agitur; opus est ut de hac actione et de caeteris quae eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum his qui in potestate parentis sunt, his fere eadem iura servantur, ne verbosa fiat disputatio, dirimamus sermonem in personam servi dominique, idem intelleturi de liberis quoque et parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his proprie observatur, separatim ostendemus.

TITOLO VII.

DE' CONTRATTI FATTI CON PERSONE SOTTOPOSTE ALL'ALTRUI POTESTA'.

Avendo menzionato di sopra l'azione contro il peculio de' figliuoli, e degli schiavi, è necessario che noi discorriamo con diligenza la materia di quest'azione, e delle altre a prò de' medesimi contro i padri o i padroni. E perchè si osservano quasi i medesimi principii o che siasi negoziato con schiavi, o con coloro che sono in podestà de' padri, per non andar per le lunghe indrizziamo il ragionamento nella persona dello schiavo e del padrone, dovendosi intendere il medesimo eziandio de' discendenti, e dei padri in podestà de' quali essi sono. Che se si osserverà in costoro qualche cosa particolare, noi lo dimostreremo separatamente.

Per diritto civile il capo di famiglia non può esser obbligato per gli atti di coloro che sono in sua potestà, come i figliuoli di famiglia e gli schiavi. Non pertanto questo principio non è rimasto assoluto nè per le obbligazioni risultanti da contratti o da quasi contratti, nè per quelle risultanti da'delitti, o da quasi delitti. Il diritto pretorio, o lo stesso diritto civile in alcuni punti vi ha degorato. Il titolo presente si riferisce a'contratti o quasi contratti degli schiavi o de' figliuoli di famiglia, ed il seguente a' loro delitti, o quasi delitti.

Per le obbligazioni che derivano da'contratti o quasi contratti fatti dagli schiavi, o da'figliuoli di famiglia il diritto pretorio è venuto a correggere il diritto civile, ed ha creato diverse azioni, mediante le quali quegli che ha negoziato con una persona *alieni juris* può rivolgersi contro il capo di famiglia per l'esecuzione delle obbligazioni che ne sono risultate. Le ragioni che servono di fondamento a queste azioni si riducono in sostanza a due soltanto: 1° l'ordine, l'autorizzazione data espressamente o indirettamente dal capo di famiglia; 2° il profitto ch'egli ha ritratto dall'operazione del suo schiavo o del suo figliuolo. Se egli ha ordinato, o dato facoltà di fare quel tale atto, è giusto ch'egli ne porti le conseguenze; se ne ha ritratto guadagno, è parimente giusto ch'egli le porti almeno fino a concorrenza di quel che ha guadagnato. Sulla prima di queste ragioni si fonda l'azione *quod jussu* pel caso in cui il capo di famiglia abbia dato un ordine diretto e speciale; le azioni *institoria*, *exercitoria*, *tributoria* e *de peculio* pe'casi in cui abbia data una commissione generale o indiretta di fare certe operazioni, come sarebbe quando egli ha preposto il suo schiavo ad un commercio, o alla condotta di un naviglio; o di amministrare certi beni, come sarebbe quando gli ha lasciato un peculio. Sulla seconda di queste ragioni è fondata l'azione *de in rem verso*.

Per le obbligazioni nascenti da'delitti o quasi-delitti delle persone *alieni juris* lo stesso diritto civile ha creato il principio delle azioni, che si danno contro il capo, e che si addimandano azioni *noxales*. Esse son fondate sulla considerazione che il capo debb'essere obbligato, almeno fino a concorrenza del suo diritto di proprietà sull'autore del delitto.

Quì si vuol fare quest'importante osservazione sopra queste diverse azioni, che quantunque esse sian denominate, e considerate ne'testi, come se ciascuna formasse da se una sorta d'azione particolare avente la sua propria esistenza, pure in sostanza a ben considerare la cosa, la più parte di esse sono piuttosto attributi, qualità delle diverse azioni o civili o pretorie alle quali si applicano. Questo è vero specialmente per le azioni *institoria*, *exercitoria*, *de peculio*, e *de in rem verso*. Così se lo schiavo per ordine del suo padrone,

o come preposto ad un commercio o alla condotta di una nave abbia fatta una vendita, una compra, una locazione, un prestito, le azioni *empti venditi*, *locati conducti*, o la *condictio certi* son quelle che avranno a patir la modificazione necessaria per esser trasformate in azioni *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, e produrre sotto questa qualifica il medesimo risultamento che le azioni dirette (*in solidum*); o che, se non vi è stato nè ordine nè proponimento, dovranno esser date fino a concorrenza del peculio, e di ciò che sarà tornato a profitto del padrone (*de peculio et de in rem verso*). Parimente se lo schiavo ha commesso un furto, una rapina, o ingiuria, l'azione *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum* sarà quella che si darà contro il padrone con la qualità di azione *noxalis*. I comentatori, benchè non abbiano sempre riconosciuto o messo in lume questo carattere particolare di cotali azioni pure, le indicano con un nome generico, che contiene alcun che di questa idea: essi le chiamano *actiones adjectitiae qualitatis*, perchè nella sola loro denominazione portano con se l'indicazione del loro attributo, della loro qualificazione speciale. Del rimanente questo nome generico non appartiene al diritto romano. Esse sono eziandio qualificate come azioni indirette, perchè si danno contro il capo di famiglia per atti che non procedono direttamente da lui, ma soltanto dalle persone sottoposte alla sua potestà.

Noi non sappiamo precisamente qual'era la formola di queste diverse azioni, nè per conseguente qual era la modificazione che le azioni dirette pativano per opera del pretore, acciocchè così si trasformassero, e potessero esser date contro il padrone pe'fatti dello schiavo o contro il padre per quei del figliuolo di famiglia. Tuttavia è da notare che nelle prime di queste azioni, cioè nelle azioni *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria* la modificazione non dovea cadere che sulle prime parti della formola, e non già sulla *condemnatio*, perciocchè questa dovea rimanere *in solidum* come se il padrone avesse egli medesimo contrattato. Ma nelle azioni *de peculio et de in rem verso*, come nelle azioni *noxales* la modificazione cadeva sulla *condemnatio* il quale nel primo di questi casi subiva una restrizione fino a concorrenza del peculio e di ciò che era tornato a guadagno del padrone: *Dumtaxat de peculio et de eo quod in rem versum est* CONDEMNA; e che nelle azioni *noxales* per l'aggiunzione di queste parole AUT NOXAE DEDERE presentava al reo l'alternativa di pagare o fare l'abbandono *noxalis*. « *In judicio adjiciam aut noxam dedere* » dice il pretore per indicare ch'egli darà ad un azione il carattere d'azione *noxalis*: p.e. *Decem aureos aut noxae dedere* CONDEMNA (1).

I. *Si igitur* jussu domini *cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur; scilicet quia qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.*

1. Se adunque si sarà negoziato con lo schiavo per *comandamento del padrone*, il pretore promette l'azione per l'intero contro il padrone, e questo è perchè par che colui il quale contrae in questa maniera segua la fede del padrone.

Jussu domini. Per *jussus* bisogna intendere un ordine anteriore all'obbligazione assunta dallo schiavo Non pertanto se il padrone ratifichi l'obbligazione contratta dal suo schiavo senza suo comandamento, anche in questo caso sarà soggetto all'azione *quod jussu* (2); perciocchè la ratificazione equivale ad un mandato. Del rimanente se lo schiavo contrattando non è stato che lo strumento del padrone, p. e. se il padrone togliendo a prestito una somma di danaro disponga che si annoveri e consegni al suo schiavo, il pretore non darà contro il padrone l'azione *quod jussu*, ma una *condictio* pura e semplice come se il padrone medesimo avesse ricevuto il danaro (3).

II. Eadem ratione *praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, alia institoria, appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum magistrum navi praeposuerit, et quid cum eo ejus rei gratia cui praepositus erit contractum fuerit. Idem autem exercitoria vocatur, quia exercitor appellatur is, ad quem quotidianus navis quaestus pertinet. Institoria tunc locum habet cum quis tabernae forte aut cuilibet negotiationi servum praeposuerit, et quid cum eo ejus rei causa cui prae-*

(1) *D. 9, 3.* De his qui effud. *1, f. Ulp.* — *47, 2.* de furt. *42, pr. f. Paul.* — *42, 1.* De re jud. *6, § 1, f. Ulp.* Qui appresso *tit. 17, § 1.* — ed in un gran numero di altri passi.

(2) *D. 15, 4, 1, § 6. Ulp.* Egli è vero che la legge 5, § 2, D. 15, 3, sembra dire che in questo caso il creditore non avrà che l'azione *de in rem verso*; ma si deve intendere il testo nel senso che il creditore avrà oltre l'azione *quod jussu* l' azione *de in rem verso* come lo dice il § 5, di questo titolo. In fatti a che bisogna la ratifica del padrone per aver l'azione *de in rem verso?*

(3) *D. 15, 4, 5. pr. Paul.*

postea erit contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus praeponuntur institores vocantur. Istas tamen duas actiones praetor reddit etsi liberum quis hominem aut alienum servum navi aut tabernae, aut cuilibet negotiationi praeposuerit; scilicet, quia eadem aequitatis ratio etiam eo casu interveniebat.

2. *Per la medesima ragione* il pretore accorda due altre azioni *in solidum*, delle quali una è chiamata esercitoria, e l'altra institoria. L'esercitoria ha luogo quando qualcuno metta per padron di nave un suo schiavo, e questi abbia contratto qualche obbligazione per ragione dell'ufficio al quale è preposto. E si chiama esercitoria perchè si dice esercitore quegli al quale si aspetta il guadagno giornaliero della nave. L'institoria ha luogo quando alcuno preponga un suo schiavo ad una bottega o a qualche altro negozio, e questi abbia per conto del suo ufficio contratta un'obbligazione. E si chiama institoria perchè coloro che son preposti a' negozii si chiamano institori. Il pretore dà queste medesime azioni ancorchè si sia preposto un uomo libero o l'altrui schiavo poichè la medesima ragion dell'equità interveniva anche in questo caso.

Eadem ratione. La ragione per cui il pretore dà l'azione *quod jussu* è che quegli il quale ha contratto con uno schiavo per comando del suo padrone si reputa aver trattato col padrone medesimo dello schiavo. Or del pari nel caso delle azioni *esercitoria* ed *institoria* si reputa che il padrone medesimo abbia contrattato, giacchè egli ha dato un'autorizzazione generale per quel genere di operazioni alle quali ha preposto lo schiavo (1). Quì dunque l'azione si dà contro il padrone per l'intera obbligazione.

Vi ha questa differenza tra l'azione *esercitoria* e l'*institoria* che la prima si dà contro l'armatore o il padrone dal quale dipende, e con consenso del quale ha messo in punto la nave, per le obbligazioni contratte da colui al quale il padrone del naviglio ne ha affidato il comando, o da colui che quest'ultimo si avesse sostituito anche non sapendolo, o non volendolo l'armatore; ma l'azione *institoria*, per contrario, non può essere esercitata contro il padrone per le obbligazioni contratte dal sostituto dell'*institor*, nè, in ogni caso, contro un padrone *alieni juris*, nè contro il padrone di quest'ultimo.

Tabernae. Questa parola significa bottega; Teofilo nella sua parafrasi vi ha sostituita un altra parola che significa osteria. Del resto per quel che ha voluto dir Giustiniano l'una e l'altra espressione hanno il medesimo senso, giacchè bottega, o osteria accennano ad un'intrapresa commerciale. L'azione esercitoria, e l'institoria da prima non si applicarono che alle intraprese di commercio; per un'atto isolato di commercio il pretore non dava azione institoria, ma un'altra azione analoga (*ad exemplum institoriae*) (2). Ma finalmente quest'ultima azione si applicò ad ogni negozio anche non commerciale (3).

Etsi liberum quis hominem. Noi sappiamo che pei principi rigorosi del diritto civile romano il mandatario faceva in suo proprio nome l'affare che gli era affidato, e che egli medesimo si obbligava senza obbligare il mandante, di tal che coloro che trattavano con lui non aveano azione contro il mandante, Il medesimo sarebbe secondo il diritto civile dell'uomo libero preposto da qualcuno ad un certo genere di faccende. Ma il diritto pretorio estendendo a questo caso le azioni *institoria* o *exercitoria* dà un mezzo di attaccar direttamente il preponente; e noi abbiam veduto come per cagione di utilità estendendo per analogia quest'azione istitoria anche al caso di semplice mandato, la giurisprudenza pervenisse a dare a coloro che avean trattato col mandatario un' azione contro il mandante (sop. p.186 e seg).

III. *Introduxit et aliam actionem praetor, quae tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, et quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita praetor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quod ei debetur, et caeteros creditores pro rata portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur quasi minus ei tributum sit quam oportuerit, hanc ei actionem accomodat, quae tributoria appellatur.*

3. Il pretore introdusse anco un altra azione che è nominata tributoria; poichè se lo schiavo si serve del suo peculio per negoziare, sapendolo il padrone, e si contratti con lui per cagione di questo negozio, il pretore rende ragione in questa maniera; che tutte le mercanzie, e ciò che se ne sarà cavato si distribuisca prorata tra il padrone, se gli sì dovrà qualche cosa, e gli altri creditori. E siccome il pretore permette ad esso padrone la distribuzione, così se qualcuno de' creditori si lamenterà che gli sia stato attribuito meno di quel che si dovea, avrà contro il padrone l'azione che si chiama tributoria.

L' azione tributoria si dà contro il padrone quando da sua parte vi è frode nella

(1) *D. 14, 1, 1, § 2, f. Ulp. — 14, 5, 11, § 2, Ulp. — 14. 6, 7, § 11, Ulp.*
(2) *C. 4, 15, 5.*
(3) *D. 14, 5, 19, Papin. — 19, 1, 15, § 25. Ulp. — 47, 1, 10, § 5, Ulp.*

distribuzione : or vi è frode quando il padrone sa o intende che uno de' creditori ha ricevuto meno di quel che si dovea; dunque sarà sufficiente che quest' ultimo faccia intendere al padrone ch egli non ha ricevuto nulla, o che si è mal distribuito (1).

IV. *Praeterea introducta est actio de peculio, deque eo quod in rem domini versum erit ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum praestare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium petitur. In rem autem domini versum intelligitur quidquid necessario in rem ejus impenderit servus; veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem, ut puta, aureis quos servus tuus a Titio mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro caeteris vero quinque eatenus quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim* una est actio, *qua de peculio, deque eo quod in rem domini versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque judex apud quem de ea actione agitur; ante dispicere solet an in rem domini versum sit; nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem domini versum esse intelligatur, aut non totum. Cum autem quaeritur quantum in peculio sit,* ante deducitur quidquid servus domino, sive qui in potestate ejus sit, debet, *et quod superest id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id quod ei debet servus qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in hujus ipsius peculio sit: quod eo pertinet ut, si quid* vicario suo *servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.*

4. Inoltre è introdotta l'azione *de peculio, et de in rem verso*; per la quale quantunque lo schiavo abbia negoziato senza volontà del padrone, questi debbe render tutto quello che sarà tornato a suo guadagno, non essendovi guadagno, è tenuto fino alla concorrenza del peculio. E s' intende che sia tornato a guadagno del padrone tutto quel che lo schiavo ha necessariamente speso nelle cose del padrone, come sarebbe se avendo tolti danari in prestito avesse pagato i creditori del suo padrone, o avesse ristorato le case che erano per cadere o comprato frumento per la famiglia, o un fondo o qualunque altra cosa necessaria. Laonde se il tuo schiavo di dieci monete d'oro che avrà tolto in prestito da Tizio ne darà cinque al tuo creditore, e consumerà le altre cinque, tu devi esser condannato *in solidum* per cinque, e per le altre cinque fino alla concorrenza del peculio: se tutte le dieci monete si saranno spese per tuo conto, Tizio le può riaver tutte dieci. E quantunque l'azione per la quale si agisce *de peculio et de in rem verso* sia *una medesima azione*, nondimeno ha due condanne: poichè il giudice suole innanzi ad ogni altra cosa esaminar se si è speso per vantaggio del padrone, e non passa altrimenti a valutare il peculio se prima non sa che o nulla, o non tutto si sia speso per lui. Quando poi si ricerca il valore del peculio innanzi ad ogni cosa si cava fuori ciò che lo schiavo deve al padrone, ed a colui che è sottoposto alla potestà di lui, e quel che avanza s' intende esser il peculio. Nondimeno qualche volta avviene che non si detrae dal peculio quel che lo schiavo dee dare alle persone sottoposte alla potestà del padrone, come sarebbe quando queste medesime persone sono nel peculio dello schiavo, o lo schiavo è debitore di un *servo vicario*.

Una actio. Secondo Gaio dal quale Giustiniano ha copiato, vi era una sola formola per agire *de peculio et de in rem verso*. Senza dubbio l'*intentio* della formola indicava l'operazione fatta dallo schiavo, e la *condemnatio* era doppia, cioè il giudice avea il potere di condannare il padrone fino a concorrenza del profitto che avea ritratto dall' operazione o solamente fino a concorrenza del peculio, o anche di condannare il padrone pel guadagno da lui fatto, e pel dippiù, sino a concorrenza del peculio. Il nostro testo c'insegna che il giudice non passava a valutare il peculio, se non dopo aver esaminato se il padrone avea profittato; Paolo ed Ulpiano (2) portavano avviso che quando lo schiavo avea fatto tornare a guadagno del padrone la operazione da lui fatta, pel suo peculio diveniva creditore del padrone, ed il debito di costui aumentava il peculio, e però non si poteva in questo agire *de peculio* senza agire nel tempo stesso *de in rem verso*. Ma importava qualche volta di agire *de in rem verso* allorchè lo schiavo non avea avuto, o non avea più peculio, allorchè era morto, fatto libero, o alienato da più di un anno utile: ovvero se un creditore dello schiavo avea il diritto d' attaccare il padrone con l'azione *de in rem verso*, egli avea interesse di non attaccarlo con quella *de peculio*, acciocchè gli altri creditori del peculio non venissero a concorrer con lui. Così benchè le due modificazioni *de in rem verso et de peculio* fossero ordinariamente congiunte nella medesima formola, poteva accadere in molti casi, che fosser separate, e che ne restasse una sola. Ed è questa la ragione perchè si presentano queste azioni talvolta come una sola e talvolta come due distinte azioni.

L'azione *de peculio* avea questo vantag-

(1) *D. 14, 4, 7, §§ 2, e 3, Ulp.*

(2) *D. 15, 3, 19, Paul.*

gio sull'azione tributoria che il creditore il quale s'era fatto pagare in forza della prima non contribuiva nulla ai creditori del peculio che si presentavano più tardi, mentre quegli che intentava l'azione tributoria e si facea pagare in forza di siffatta azione dovea dar cauzione di contribuire agli altri creditori, che sopravvenisser dapoi per prender parte alla distribuzione (1).

Ante deducitur quidquid servus domino... debet. Lo schiavo non poteva esser debitore del padrone altrimenti che *naturaliter*, perciocchè secondo il diritto civile non vi poteano essere relazioni di obbligazioni tra un padrone e 'l suo schiavo. Il padrone prelevava sul peculio ciò che gli era dovuto personalmente, p. e. come tutore, curatore, gestore di negozii, o socio, quando non avea altro modo da farsi indennizzare.

Si quid vicario. Gli schiavi vicarii faceano parte del peculio dello schiavo ordinario, e però quel che essi doveano a costui facea parte del suo peculio (2).

V. *Caeterum dubium non est quin is quoque qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio, deque eo quod in rem domini versum est, agere possit, sed et erit stultissimus si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, sed ad difficultatem perducat probandi in rem domini versum esse, vel habere servum peculium et tantum habere ut solidum sibi solvi possit. Is quoque cui tributoria actio competit, aeque de peculio et de in rem verso agere potest, sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio et de in rem verso.* Tributoria ideo expedit agere *quia in ea domini conditio praecipua non est, id est quod domino debetur non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus et caeteri creditores. At in actione de peculio ante deducitur quod domino debetur; et in id quod reliquum est creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere quod in hac actione totius peculii ratio habetur; at in tributoria ejus tantum, quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii aut quarta, vel etiam minima negotiari, majorem autem partem in praediis et mancipiis aut foenebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui petest probare* in rem domini versum esse *de in rem verso agere debet.*

5. Del rimanente non è dubbio alcuno che colui che avrà contratto per comando del padrone, ed al quale compete l'azione esercitoria o institoria non possa anche esercitar l'azione *de peculio et de in rem verso.* Ma egli sarà stoltissimo, se lasciando addietro l'azione per la quale può facilmente conseguire il tutto per il contratto, si ridurrà alla difficoltà di provare che si sia speso per conto del padrone, o che lo schiavo abbia un peculio, o ne abbia tanto, ch'egli possa esser pagato del tutto. Parimente colui al quale compete l'azione tributoria può egualmente esercitar l'azione *de peculio et de in rem verso.* Ma a questo tale torna bene esercitare or l'una, or l'altra. È utile esercitar la *Tributoria* perchè in quest'azione non si riguarda la condizione del padrone, cioè egli non è preferito agli altri creditori ma tra lui e costoro vi ha perfetta uguaglianza di diritto. Nell'azione *de peculio* innanzi di ogni altra cosa si detrae quel ch'è dovuto al padrone, e nel restante questi è condannato verso il creditore. Da un altro lato torna bene al creditore di esercitar l'azione *de peculio* perchè in quest'azione si ha considerazione a tutto il peculio, ma nella tributoria si ha riguardo solamente a quella parte che è dedicata al commercio: or può avvenire che lo schiavo abbia impiegato nel commercio la terza o la quarta parte o anche una minima parte del peculio, ed abbia la maggior parte in possessioni, in schiavi, o in danari prestati ad usura. Secondo adunque che torna a proposito dee ciascuno elegger quest'azione o quell'altra. E veramente chi può provare *che si sia speso per conto del padrone* debbe esercitar l'azione *de in rem verso.*

Quegli che ha l'azione *de peculio et de in rem verso* non ha sempre a sua scelta l'azione *quod jussu* o l'azione esercitoria, o la istitoria, o la tributoria; perocchè alcuno non può avere contro il padrone la azione *quod jussu* se non per un'obbligazione qualunque contratta per comandamento del padrone; nè l'azione esercitoria o istitoria se non contro il padrone che abbia preposto il suo schiavo ad una nave, o bottega (3), nè l'azione tributoria se non contro colui il cui schiavo abbia fatto un commercio sapendolo egli. Ma chiunque ha una di queste azioni può intentare a sua scelta quest'azione o quella *de peculio et de rem verso* secondo che meglio gli torna a proposito o la prima o la seconda azione; ma dopo avere scelta quest'ultima egli non può ritornare alle altre.

Tributoria... ideo expedit agere. Notate che nell'azione *de peculio* si fa prevalere la regola *melior est conditio possidentis*; così il padrone è sempre preferito ad'altro creditore. Il creditore che è stato pagato non è tenuto di contribuire ad un altro creditore del peculio. Ma nell'azione tributoria la cosa va altramente (4).

In rem domini versum esse. Quegli che potrà provare che tutta l'operazione è tornata a guadagno del padrone otterrà l'intero, mentrechè nell'azione tributoria o *de*

(1) *D. 4, 4, 5, 19, f. Ulp.*
(2) *Dig. 15, 1, 17, Ulp.*
(3) È anche da notare che l'azione esercitoria e la institoria non possono mai concorrere con l'azione tributoria, perchè in queste prime azioni lo schiavo contratta come preposto dal suo padrone, questi quindi è tenuto personalmente all'intero.
(4) *D. 14, 4, 6,* Paul.— *15, 1, 9,* § *2, Ulp.*

peculio ordinariamente non otterrebbe che una parte di ciò che gli è dovuto.

VI. *Quae diximus de servo, et domino eadem intelligamus et de filio et filia aut nepote et nepte, et patre avove in cujus potestate sunt.*

6. Quel che abbiam detto dello schiavo e del padrone, il medesimo intendiamo del figliuolo e della figliuola, del nipote e della nipote, del padre e dell'avo nella potestà del quale essi sono.

Vi ha nondimeno questa differenza tra le obbligazioni contratte da uno schiavo e quelle contratte da un figliuolo di famiglia, che se lo schiavo si è obbligato per mandato, o fidejussione per altri che pel suo padrone, questi non è mai tenuto, mentre il padre di famiglia è tenuto eziandio dell'obbligazione del figliuolo contratta per un'altro (1).

VII. *Illud propris servatur in eorum persona quod senatus consultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in parentis erunt potestate, et ei qui crediderit denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve sive adhuc in potestate sint, sive mortis parentis, vel emancipatione suae potestatis esse coeperint, quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quae ideo senatus prospexit, quia saepe onorati aere alieno creditarum pecuniarum quas in luxuriam consumebant, vitae parentum insidiabantur.*

7. Ma vi è questo di particolare per i figliuoli di famiglia, che il senato consulto Macedoniano proibì che si prestasse danaro a coloro che sono in potestà del padre, e si niega l' azione a colui che ha prestato, tanto contro il figliuolo o la figliuola, il nipote e la nipote (o che siano per ancora in potestà, o che abbiano cominciato ad esser liberi per la morte del padre, o per l' emancipazione), quanto contro il padre e l'avolo sia che li abbia ancora in potestà, sia che li abbia emancipati. La qual cosa fu ordinata dal senato perchè i figliuoli di famiglia aggravati da debiti del danaro che disordinatamente consumavano, procacciavano spesso la morte de' padri.

S. C. Macedonianum. Il senato-consulto Macedoniano secondo Tacito (2) fu fatto sotto il regno di Claudio, e secondo Svetonio (3) sotto il regno di Vespasiano. Pothier (4) pensa che ebbe origine sotto il regno di Claudio, e che di poi fu rinnovato sotto Vespasiano. Esso ebbe il nome o da un tal *Macedo* famoso usuraio, o da un *Macedo* dissoluto figliuol di famiglia la cui rapina usuraria, o la cui criminosa dissipazione sarebbe stata l'occasione del senato-consulto.

Ulpiano ce ne ha tramesso i termini precisi (5). Esso avea per effetto di far denegare l'azione piuttosto che annullare il prestito. Rileviamo in fatti da'testi, che il pretore procedeva or per rifiuto dell'azione (6), ora per concessione di una eccezione (7). Il pretore ricuserà l'azione tutte le fiate che sopra i fatti innanzi a lui riconosciuti (*in jure*) dalle parti istesse sarà immediatamente costante, che già si è nel caso dell'applicazione del senatoconsulto. Procederà poi per via di eccezione; quando alcuno di questi fatti, avrà bisogno di esser verificato, e la controversia si presenterà in modo dubbioso: dappoichè più di un dubbio può essere elevato, siccome noi il veggiamo da'frammenti relativi a questa applicazione. Così, p. e. il senatoconsulto cesserebbe a riguardo del creditore che avrebbe prestato il suo danaro, credendo non già con dissavvedutezza, ma con apparenze gravi e palesi, di avere a fare con un padre di famiglia (8).

VIII. *Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.*

8. In fine è a sapere, che per quel che si sarà contratto per comando del padre o padrone, o che sarà tornato a loro profitto, si può direttamente agir contro di loro, come se si fosse principalmente contrattato con loro. E si può agir direttamente con colui che è tenuto dell'azione esercitoria o institoria, poichè s' intende che sia contratto per suo comandamento.

Quest'ultimo paragrafo sembra che distrugga tutto quel che precede. Se per ciò che si è contrattato per comando del capo di famiglia, o dal suo *institor*, dal suo *magister navis*, o se per tutto ciò che è tornato a bene del padrone si ha direttamente un'azione civile contro di lui, a che servono le azioni indirette e pretorie *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, e *de in rem verso?* Ma si vuol ben avvertire di non cadere in errore sulla estensione di questo

(1) *D. 15, 1, 5, § 9.*
(2) *Ann. 11, 13.*
(3) *Vesp. 11.*
(4) *Pand. 14, 6, 1.*
(5) *D. 14, 6,* De sen. cons. Macedoniano, *l. pr. f. Ulp.*
(6) *Ivi 1, pr. et § 1, pr. e § 1, 7, § 6, f. Ulp.*
(7) *Ivi 7. § 4, 7, 8, 10, e 14, f. Ulp.; 9, f. 11, f. Ulp.*
(8) *Ivi 3, pr. f. Ulp.*

aragrafo. Non si dà per certo direttamente contro il padrone ogni azione risultante a' contratti fatti *jussu domini*, o dall'*institor*, o *magister navis*; ma la sola *condictio* (*directo quoque posse a patre dominove condici*): purchè però l'affare sia suscettivo di cosiffatta azione.

Or noi sappiamo che la proprietà della *condictio* è di tendere all'esecuzione di una obbligazione civile di stretto diritto ed unilaterale; noi sappiamo eziandio che la giurisprudenza romana ha successivamente estesa la sua applicazione; che limitata la prima alle somme di danaro (*certa pecunia*), e poi a tutti gli oggetti certi (*res certa*), infine fu estesa alle obbligazioni di cose indeterminate, anche a quelle di fare; ma sempre come azione unilaterale e di stretto diritto; sappiamo da ultimo che le cagioni che potevano darle origine erano in gran numero sì ne' contratti, sì ne' quasi-contratti, e sì ne' delitti o quasi-delitti (qui sop. p. 314). Quì non si tratta che de' contratti e dei quasi contratti.

La giurisprudenza avea finalmente ammesso che in tutti i casi in cui una persona trovavasi di aver acquistato senza giusta causa la cosa altrui, o di averne profittato per un fatto, o volontario o involontario che si fosse, procedente da lei medesima, o da altri, vi era luogo contro di lei ad una *condictio* per la ripetizione di quello onde avea profittato: « *Quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est* » dice Celso. « *Quasi ex re tua locupletior factus sim* » dice Africano. « *Quia ex aliena jactura lucrum quaeram* » dice Paolo (1). Quì la *condictio* non è fondata sopra un contratto, ma sopra il fatto che io mi sono arricchito a spese altrui. Quando adunque colui che ha contrattato con uno schiavo o un figliuolo di famiglia una vendita, una compra, una società una locazione, invece di rivolgersi contro il padrone con l'azione risultante da questa operazione fino a concorrenza del peculio, e di quanto è tornato a profitto del padrone (*de peculio et de in rem verso*), si rivolge contro quest'ultimo con la *condictio* azione civile, e di stretto diritto per ripetere contro di lui tutto quello di che ha profittato, in questo non vi è che un'applicazione de' principi comuni ammessi dalla giurisprudenza sulla *condictio*. In fatti egli ha la scelta contro il padrone, o secondo i principi pretorii, dell'azione medesima che risulta contro il padrone dal contratto, ma data solamente dal pretore *de peculio et de in rem verso*; o, secondo i principi del diritto civile, della *condictio* risultante dal fatto che il padrone ha profittato di qualche cosa a lui appartenente; la prima azione è indiretta e pretoria; la seconda diretta e civile.

In fine la giurisprudenza s'indusse egualmente ad ammettere che quando l'operazione, onde poteva risultare una *condictio* era stata fatta per ordine di alcuno (*jussu*), o dal suo preposto (*institor* o *magister*) si considerava come se fosse stata fatta con lui; e però la *condictio* si dava direttamente contro di lui (2). Se p. e. voi avete per mio ordine consegnato al mio schiavo una somma di danaro in prestito o qualche cosa che avete pagata per errore credendo di esserne debitore, o un oggetto in cambio di un altro che non vi è stato dato, o se una somigliante operazione ha avuto luogo col mio *institor*, voi avrete contro di me la *condictio certi*, la *condictio indebiti*, la *condictio causa data causa non secuta*. Parimente per le *condictiones* che possono nascere da' contratti innominati che son formati *re*; in una parola ogni volta che l'operazione sarà tale per natura che possa dare origine ad una istanza per l'adempimento di un'obbligazione unilaterale, mediante una *condictio*. Ma per le azioni *empti* o *venditi*, *locati* o *conducti*, *pro socio*, *praescriptis verbis*, e qualunque altra fuori che la *condictio*, queste non si possono avere contro il padrone, e non si può in conseguenza provocar contro di lui l'esecuzione medesima dei contratti spesso bilaterali, ai quali esse si riferiscono, se non con la modificazione pretoria che le trasforma in azioni *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, *de peculio et de in rem verso* (3). Sicchè l'utilità di queste azioni indirette e pretorie sussiste tuttora, e per conseguente esse continuano ad essere in uso anche dopo che la giurisprudenza ha dato la più ampia estensione alla *condictio*.

---

(1) *D. 12, 1*, De reb. cred. *32. f. Cels; 23. Afr. — 14, 5*, De instit. act. *17*, §§ *4, e 5, fr. Paul.*

(2) *D. 12, 1*, De reb. cred. *9*, § *2, f. Ulp.—29, f. Paul.* — Ne' frammenti seguenti vi è qualche cosa di somigliante : *12, 6*, De condic. ind. *57*, § *1, f. Papin.—23, 3*, De jur. dot. *78*, § *5, f. Tryph. — 44, 4*, De doli except. *5*, § *5, f. Paul. — 3, 5*, De negot. gest. *6*, § *9, f. Julian —47, 2*, De furt. *80*, § *5, f. Papin.*

(3) In questo senso debb'essere interpetrato, secondo noi, il frammento di Labeone (*D. 27, 2*. Pro soc. *84.*) il quale non lascia di dar materia a controversie.

TITULUS VIII.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

TITOLO VIII.

DELLE AZIONI *NOSSALI*.

Il testo quì passa alle obbligazioni che risultano da' delitti degli schiavi o de' figliuoli di famiglia ed alla esposizione delle azioni che ne potevano risultare contro i padroni. Sopratutto a queste sorte di azioni si debb' applicare la riflessione che abbiam fatta, cioè che si debbono ritenere non già come azioni particolari che abbiano un' esistenza loro propria, ma sibbene come certe modalità, certe qualità dalle quali le diverse azioni nascenti da'delitti possono esser modificate. In fatti l'azione che si dà contro il padrone è l'azione *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriae*, *ex lege Aquilia*, o altra somigliante, secondo che lo schiavo ha commesso furto, o rapina, ingiuria, danno ingiusto, o altro delitto. Ma essa si dà con la qualità particolare di *noxalis* vale a dire con quest'alternativa aggiunta alla condanna: « AUT NOXAE DEDERE »: di maniera che il padrone non sarà tenuto di subire le conseguenze dell' azione o della condanna se non quando egli non ami meglio far l'abbandono dello schiavo autore del delitto. E però l' espressione *noxalis* indica una qualità delle azioni, e non già un'azione propriamente detta.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, quibus domino damnato permittitur aut litis aestimationem sufferre, aut hominem noxae dedere.

Pei delitti degli schiavi, come sarebbe se avessero rubato o rapito i beni, o dato danno, o commesso ingiuria, si sono introdotte le azioni *noxales*, per le quali è permesso al padrone condannato o di pagar quanto sarà stimato il danno, o di dare lo schiavo colpevole.

1. *Noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus; noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria.*

1. Chiamasi *noxa* il corpo che ha nociuto, cioè lo schiavo, e *noxia* lo stesso delitto, come sarebbe un furto, un danno, una rapina, un'ingiuria.

Noxa talvolta significa anche il delitto

2. *Summa autem ratione permissum est noxae deditione defungi; namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.*

2. Si è ragionevolmente permesso che il padrone si liberi da ogni obbligazione dando lo schiavo; essendo cosa ingiusta che la malvagità dello schiavo arrecasse ai padroni altro danno che la perdita de' loro corpi.

3. *Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxae dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus dominium a domino transfertur. Sin autem damnum ei cui deditus est servus resarcierit quaesita pecunia, auxilio praetoris, invito domino, manumittetur.*

3. Il padrone convenuto in giudizio *noxali* per conto del suo schiavo, si libera dando lo schiavo all'attore e con questo *ne aliena in perpetuo la proprietà*; Ma se lo schiavo dato all'attore procurandosi del danaro pagherà al nuovo padrone il danno, egli con l'aiuto del pretore sarà liberato anche a malgrado del padrone.

È certo che se il padrone chiamato in giudizio per un delitto dello schiavo ne faceva l'abbandono prima della *litis contestatio*, mediante siffatto abbandono evitava l'azione *noxale*, la quale allora non competeva più contro di lui (1). È parimente fuor di dubbio che se, data una volta l' azione *noxale* e venute le parti *in judicio*, il padrone facea quest'abbandono, e senza sua colpa si trovava nell' impossibilità di farlo, egli era assoluto (2) Ma segue forse da ciò che le azioni *noxali* fosser tutte, ed in ogni caso arbitrarie per ciò solo che avean la qualità di *noxali*; o in altri termini che ogni azione data *noxalmente* divenisse sol per questo arbitraria? Si potrebbe dedur l'affermativa dal § 31. al tit. 6. che precede (qui sopra pag. 369) nel quale Giustiniano dando la definizione delle azioni arbitrarie dice: « *in quibus nisi arbitrario judicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat... vel solvat*, VEL EX NOXALI CAUSA SERVUM DEDAT, *condemnari debeat* » Si potrebbe anche aggiungere un frammento di Paolo, il quale fa uso di queste precise espressioni: «*arbitrio judicis absolvi eum oportet*(3)». E tale è l'opinione adottata dal nostro onorevole collega signor Ducaurroy. Nondimeno questi testi non son decisivi. Il carattere particolare dell'azione arbitraria è di conferire al giudice per le espressioni NISI RESTITUAT, o altre somiglianti il potere di giudicare a suo arbitrio

(1) *D. 9, 4.* De nox. *act. 21, pr. f. Ulp.; e 29, f. Gai,*

(2) *Ivi 14, § 1, f. Ulp. 19, pr. f. Paul.*

(3) *D. 9, 4.* De nox act. *14, § 1. f. Ulp.*

n che modo si debba satisfare all' attore, i di rendere un ordine precedente (*jussus*) pel quale s' ingiunge al reo di dar questa at isfazione sotto pena di esser condannato. Or nulla prova che nelle azioni nate da delitti, ma composte in forma *noxale*, il giudice fosse investito di siffatto potere, che la formola contenesse questa restrizione NISI RESTITUAT o altra somigliante. La satisfazione non era arbitraria, essa dovea consistere nella pena medesima risultante dal delitto p. e. dal furto, dalla rapina, dal danno ingiustamente arrecato. In quanto all' abbandono *noxale* esso non era compreso nell'obbligazione del padrone, ma solamente *in facultate solutionis*: quest'abbandono non gli era imposto, ma solamente lasciato al suo libero arbitrio, ed in qualunque tempo il facesse o prima di darsi l' azione, o prima della sentenza, o dopo la condanna, egli si liberava. Non si vede adunque come il giudice avrebbe potuto imporglielo per un *jussus* anteriore, nè come avrebbe egli per siffatto *jussus* potuto valutare la dovuta satisfazione *ex aequo et bono*, come si praticava nelle azioni arbitrarie. Le espressioni del § 31, possono giustificarsi nel senso che si debbano riferire al caso in cui l'azione *noxalis* fosse arbitraria, perchè allora si tratterebbe d'un' azione per se stessa arbitraria p. e. l' azione *de dolo malo* o *quod metus causa* che fosse data *noxalmente* pel fatto dello schiavo (1). In quanto alle parole *arbitrio judicis* contenute nel frammento di Paolo, esse non indicherebbero necessariamente un'azione arbitraria, perchè sono frequentemente adoperate in un senso più ampio (quì sop. p. 286). In somma diremo che in tutti i casi, se le azioni *noxali*, erano tutte arbitrarie, questo era in un senso particolare, e in modo molto vario. Il giudice non avea il potere di determinare a suo arbitrio la satisfazione, nè anco d'ingiungere l'abbandono *noxale* per un *jussus* preliminare, e quest'abbandono poteva aver luogo anche dopo la condanna. Il carattere arbitrario risulterebbe soltanto da questa restrizione: « NISI EX NOXALI CAUSA SERVUM DEDAT... OVVERO AUT NOXAE DEDERE CONDEMNA » la quale imporrebbe al giudice in ogni azione *noxale* l' obbligazione di assolvere, se l' abbandono fosse fatto prima della sentenza. Ciò era contestato da taluni giureconsulti per le azioni di stretto diritto (V. sopra p. 327).

Dominium a domino transfertur. Allorchè un padre di famiglia abbandonava per un delitto il suo figliuolo colpevole, a fine di evitare l' obbligazione di pagare l' ammontare del danno, quest' abbandono facevasi per via di una sola mancipazione (2): or una sola mancipazione del figliuolo di famiglia fatta per evitare il pagamento del danno faceva perdere al padre di famiglia ogni potestà paterna; quando il figliuolo avea satisfatto a colui al quale era stato abbandonato, egli era necessariamente *sui juris*; liberato dalla potestà del suo creditore non ricadeva in quella di suo padre. Adunque non dee far maraviglia che lo schiavo abbandonato per cagione del suo delitto cadesse sotto il dominio *quiritario* di colui al quale era abbandonato. I testi che sembrano accennare che lo schiavo fosse solamente *in bonis* del suo creditore debbono applicarsi allo schiavo che l' attore menava via per ordine del pretore, essendo il suo padrone assente o senza difensore (3).

IV. *Sunt autem constitutae noxales actiones aut legibus, aut edicto praetoris: legibus, veluti furti lege Duodecim Tabularum; damni injuria lege Aquilia; edicto praetoris veluti injuriarum et vi bonorum raptorum.*

4. Le azioni noxali sono ordinate o dalle leggi o dall'editto del pretore; dalle leggi come l'azione di furto dalla legge delle XII Tavole, l'azione del danno ingiustamente arrecato, dalla legge Aquilia; dall'editto del pretore, come l'azion delle ingiurie e dei beni tolti per forza.

I delitti che il nostro testo indica come quelli che dan luogo ad un'azione *noxale* sono indicati soltanto a cagion d'esempio; perciocchè da ogni delitto può nascere un azione di tal fatta (4).

V. *Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxiam commiserit, quamdiu*

---

(1) Il Ducaurroy oppone contro questa interpetrazione che nel frammento di Paolo citato alla nota 1. della p. prec. si tratta dell'azione *ex lege Aquilia*, la quale non è arbitraria per se stessa. Ma il testo non dice ch'essa divenga tale essendo intentata nossalmente; esso dice soltanto che se l'abbandono è fatto prima della sentenza, l'attore sarà assoluto, il che niuno contrasta.

(2) *Gai. 4, 79.*

(3) *D. 9, 4, 26, § 6. Ulp. — Ivi 2, 9, 2, § 1, Ulp.*

(4) *Confr.* la L. delle XII Tavole col *D. 9, 4, 2, § 1, Ulp. — Ivi 2, 9, 5, Ulp. — Ivi 47, 7, 7, § 5, Ulp. — Ivi 2, 9, 5. Ulp. — Ivi 4, 4, 24, § 5, Paul.*

in potestate sit, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; at si manumissus fuerit, directo ipse tenetur et extinguitur noxae deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit, nam si liber homo noxiam commiserit, et is servus tuus esse coeperit (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus), incipit tecum esse noxalis actio, quae antea directa fuisset.

5. Ogni azione noxale seguita il colpevole. Imperocchè se il tuo schiavo commetterà qualche delitto si avrà azione contro di te fino a tanto che lo schiavo sarà in tua potestà. Ma se egli comincerà ad esser sottoposto ad un altro, si avrà l'azione con quell'altro. Se poi verrà liberato, sarà obbligato direttamente; nè vi potrà esser luogo ad abbandono del colpevole. Per l'opposto l'azione diretta talora diviene noxale; perocchè se un uomo libero commetterà qualche delitto e di poi divenga tuo schiavo (la qual cosa può avvenire per alcune cause come noi dicemmo nel primo libro), si avrà contro di te un' azione noxale, mentrechè prima sarebbe stata diretta.

Quì l'azione si chiama diretta quando s'indirizza contro il colpevole medesimo, per contrapposto all'azione *noxale*, la quale si dirige contro il padrone.

Del resto il padrone è soggetto all'azione *noxale* non tanto come proprietario, quanto come possessore; se lo schiavo fosse fuggitivo, o posseduto da un altro a titolo di proprietario, l'azione non competerebbe contro il padrone: in fatti in questo caso egli si troverebbe nell'impossibilità di fare l'abbandono per evitare il pagamento dell'ammontare del danno.

IV. *Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur; namque inter dominum et eum qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest; ideoque et si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus noxiam tibi commiserit et is postea in potestate tua esse coeperit, interdicitur actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec manumissus, aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.*

6. Se lo schiavo farà qualche delitto contro il padrone, non nasce azione alcuna, poichè non può esservi obbligazione tra il padrone e colui che è in potestà. Quindi se lo schiavo sia pervenuto in potestà d'altri, o sia liberato, non si può agir nè con lui nè con quell'altro nella potestà del quale egli si trova al presente. Laonde se l'altrui schiavo commetterà qualche delitto contro di te e dopo cominci ad esserti sottoposto, cessa l'azione, perchè essa in questo caso è venuta a tal termine che non può più aver vigore. E quand'anche egli sia uscito della tua potestà, tu non potrai agire: allo stesso modo se il padrone commetterà delitto contro il suo schiavo, questi nè anco se sia liberato o alienato potrà aver azione contro il padrone.

Sappiamo che lo schiavo, il quale si obbliga anche civilmente verso gli estranei pe'suoi delitti non può obbligarsi verso il suo padrone, e che non vi possono essere tra loro che obbligazioni naturali (qui sopra p. 226 e seg.) L'ultima ipotesi prevista nel nostro paragrafo è relativa al caso in cui lo schiavo, appartenendo ad altri ed avendo commesso delitto contro alcuno, avrebbe a passare sotto il potere di quest'ultimo. Si domanda ciò che avverrà, in questa situazione dell'azione civile che avea presa la sua origine per causa del delitto. Secondo i Proculeiani essa non facea che sopirsi e resta come addormentata finchè sussisteranno fra lo schiavo e il suo padrone i rapporti di potestà e di schiavitù, ma si risveglierà e riprenderà il suo vigore dacchè questi rapporti verranno a cessare. Secondo i Sabiniani al contrario, l'azione si estingue per non rinascer più (1) questa è l' opinione che adotta Giustiniano.

VII. *Sed veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et foeminis* admisere. Nova autem hominum conversatio *hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenerimus saepius dictum* ipsos filios familias pro suis delictis *posse conveniri.*

7. Si usava quest'azione dagli antichi ne' figliuoli di famiglia maschi e femine. Ma gli uomini che vennero dopo ragionevolmente giudicarono doversi levar via cosiffatta asprezza. Chi può patire che sia dato come *noxa* il proprio figliuolo, e specialmente la figliuola ad un altro? Il padre non ne soffrirebbe più che il figlio istesso? Nel caso poi delle figliuole anche la ragione dell'onestà ha escluso ragionevolmente cotale usanza. E però piacque che si proponessero le azioni *noxali* solamente nel caso degli schiavi. In quanto ai figliuoli ed alle figliuole possono esser convenuti direttamente pei loro delitti, anche secondo l' opinione degli antichi commendatori delle leggi.

Veteres admisere: Tito Livio (2) ci narra che il popolo romano quando un cittatino avea commesso un delitto contro

(1) *Gai. Comm. 4, § 78.*

(2) *Ann. 9, 10.*

nemici era abbandonato a costoro per evitare la responsabilità nella quale si reputava incorso.

Nova autem hominum conversatio: Qui Giustiniano probabilmente fa allusione alla restrizione della potestà paterna, che altre volte dava il diritto di vendere un figliuolo di famiglia (1).

Per corpus pater magis filius periclitetur: Per l'abbandono del figliuolo o della figliuola il padre si esponeva a vederli trattare crudelmente o impudicamente, il che per lui dovea essere un supplizio (2).

Ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri. Questo principio ammesso presso gli antichi non bastava per far ristorare del danno colui che avea patito dal delitto di un figliuol di famiglia, giacchè la persona vittima del delitto dopo averlo convenuto direttamente, non poteva agir contro il padre di famiglia altrimenti che *de peculio*, cioè fino a concorrenza del peculio per le condanne ottenute contro il figliuolo. Nondimeno dal momento che l'azione *noxale* fu abolita rispetto a' figliuoli non rimase più altra risorsa che questa.

TITULUS IX.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR

Animalium nomine quae ratione carent, si qua ascivia aut fervore et feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege Duodecim Tabularum prodita est. Quae animalia si noxae dedantur, proficiunt eo ad liberationem, quia ita lex Duodecim Tabularum scripta est: ut puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus fuerit. Haec autem actio in iis quae contra naturam moventur locum habet. Ceterum si genitalis est feritas, cessat. Denique si ursus fugit a domino et sic nocuit, non potest quondam dominus inveniri, quia desiit dominus esse ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuriam fecisse dici quod sensu caret. Haec quod ad noxam pertinet actionem.

TITOLO IX.

DEL DANNO CAGIONATO DA UN QUADRUPEDE

Per la legge delle XII Tavole si è data l'azione noxale per cagion degli *animali* che non hanno ragione, ogni volta che essi o per effervescenza, o per ambramento, o per ferocia avran fatto qualche danno. E l'abbandono di siffatti animali giova a liberare il reo, poichè così è scritto nella legge delle XII Tavole: come sarebbe a dire se il cavallo che trae calci avrà percosso con calcio, o il bue che è solito a cozzar con le corna avrà cozzato. Quest'azione ha luogo quando gli animali fanno qualche cosa contro la loro natura, poichè se faranno il danno per effetto della loro *ferocia naturale* cessa l'azione. Finalmente se un orso fuggirà dal padrone, e fuggendo farà danno a qualcuno, il suo antico padrone non può esser chiamato in giudizio, perchè si tosto come la fiera fuggì, egli cessò d'esser padrone. S'intende poi per *pauperies* il danno fatto senza ingiuria, poichè non si può dir che l'animale abbia fatta ingiuria, mancando esso di ragione. E questo che si è detto appartiene all'azione noxale.

L'azione della quale qui si tratta e che deriva dalla legge delle XII Tavole (3) ed è indicata col nome di *actio de pauperie* non è solamente una certa modalità, o qualità di azione, ma è per se stessa un'azione particolare con la sua propria esistenza, e che a di più ha la qualità di *noxale*; cioè porta pel reo la facoltà di liberarsi facendo l'abbandono *noxale*.

Animalium. Notate che quantunque l'epigrafe del nostro titolo non sembri parlar che de'soli quadrupedi, perchè effettualmente la legge delle XII. Tavole si limitava a questo genere di animali, pure l'espressione del testo è dipoi più generale e comprende tutti gli animali quadrupedi o bipedi che sieno. In fatti la giurisprudenza avea per utilità da questa estensione alla legge delle XII. Tavole.

Si genitalis sit feritas, cessat. Questa espressione è adoperata per contrapposto a quest'altra espressione *solitus petierit*; nondimeno quest'ultima pare che si confonda con la prima; in fatti un danno arrecato per abituale effervescenza somiglia molto ad un danno cagionato da ferocia nativa. Ma notate che un fatto dannoso di un animale di cui si conosce l'abituale andamento, e che commette danno per impeto che si sarebbe potuto impedire quantunque l'animale vi fosse inclinato, è ben differente dal danno che è l'effetto d'una ferocia che non si può reprimere, o di una natura violenta. Qui il padrone è scusabile: e però il *solitus petierit* debbe intendersi degli animali domestici de'quali il mulattiere o il custode dee regolare i movimenti. In quanto all'animale feroce come l'orso, il padrone non è tenuto pe' danni da esso cagionati se non che ad un'azione utile; ed anche il nostro testo lo fa sicuro da ogni azione quando l'orso ha fatto danno dopo esser fuggito, e senza esser ritor-

(1) *C. 4, 43.*
(2) *D. 4, 2, 8, § 5, Paul.*
(3) V. la nostra *Hist. de la legisl. rom. Table VIII* §. *6*, con la nota che vi si riferisce — *D. 9, 1.* Si quadr. paup. fec. dicatur.

nato in potere del suo antico padrone (*quondam*).

1. *Caeterum sciendum est aedilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere qua vulgo iter sit: et si adversus ea factum erit, et nocitum libero homini esse dicetur, quod bonum et aequum judici videtur, tanti dominus condemnetur; caeterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Praeter has autem aedilitias actiones, et de pauperie locum habebit. Numquam enim actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit.*

1. Del resto si ha da sapere che per editto degli Edili a noi è proibito tener in quel luogo ove passa la gente, o cignale o porco salvatico, o orso, o leone, e che se si farà il contrario, e sia fatto danno ad uomo libero, il padrone sarà condannato in quanto il giudice stimerà conveniente, ma per le altre cose sarà condannato nel doppio del danno. Ed in questo caso oltre alle azioni edilizie, avrà luogo eziandio l'azione *de pauperie*, perciocchè quando, nel medesimo oggetto concorrono insieme più azioni penali, l'esercizio di una non impedisce o toglie quello dell'altra.

TITULUS X.

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS

Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet hominem, aut suo nomine, aut alieno veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Praeterea lege Hostilia permissum erat furti agere eorum nomine qui apud hostes essent, aut reipublicae causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. Et quia hoc non minimum incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare. Nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio, itemque aliae multae causae saepe impedimento sunt quominus rem exsequi possint.

TITOLO X.

DI COLORO PER MEZZO DE' QUALI POSSIAMO AGIRE

Ciascuno può agire o per se medesimo o per altri: per altri, come procuratore, tutore, curatore, mentre prima non si poteva agir per altri, se non pel popolo, per la libertà, e per la tutela. Oltre a ciò era permesso per vigor della legge Ostilia d'intentar l'azione di furto per coloro che erano presso i nemici, o si trovavan lontani per conto della repubblica, e per coloro che erano in tutela di alcuno di questi tali. Ma perchè il non poter agir nè opporsi alle azioni per altri apportava non poco incomodo, si cominciò a litigar per mezzo di procuratori. Imperocchè la malattia, e l'età, ed i necessarii viaggi, e molte altre cause spesse volte impediscono che alcuno possa intendere alle sue faccende.

Noi conosciamo il principio dell'antico diritto civile de' Romani che niuno non può farsi rappresentare da altri negli atti giuridici, ma ciascuno vi dee figurare ed agir di persona e per se medesimo: principio al cui rigore il diritto tendea di più in più a sottrarsi, e che finalmente fu ridotto a non esser più altro che un nome voto di senso. Questo principio si applicava alle azioni giudiziarie tanto per rispetto alla parte dell'attore quanto per rispetto a quella del convenuto; ed anche in questo caso si venne successivamente raddolcendo fino a scomparire del tutto. A questo proposito è da far distinzione fra i tre sistemi di procedura.

Sotto le azioni della legge il principio era rigorosamente osservato, soltanto vi furon fatte le diverse eccezioni di che il testo quì parla, e che noi abbiam di già quì sopra indicate (p. 271).

Sotto il sistema formolario fu dato a tutti un mezzo di costitur nelle azioni o come attore o come reo un vero rappresentante, che teneva il luogo del constituente ed agiva, o si opponeva all'azione a nome di lui come se egli fosse lui medesimo. Questo rappresentante era chiamato *cognitor*, e dovea esser costituito innanzi al magistrato con parole solenni, ed in presenza dell'avversario. L'attore costituiva un *cognitor* con queste parole: p.e. in un'azione per rivendicazione di un fondo. «QUOD EGO A TE FONDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM TIBI COGNITOREM DO; « il convenuto poi con queste parole: « QUANDO TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM PUBLICIUM MÆVIUM COGNITOREM DO». Essi potevano eziandio dire in una forma generale ed applicabile a tutte le azioni, l'attore: QUOD EGO TECUM AGERE VOLO IN EAM REM L. T. COGNITOREM DO », ed il convenuto: « QUANDO TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM P. M. COGNITOREM DO ». Importava poco che il *cognitor* fosse presente o assente al momento della sua costituzione; soltanto se egli era stato dato essendo assente, non era *cognitor* se non quando avea conosciuto ed accettato quest'ufficio (1),

Più tardi si applicarono alle azioni giudiziarie i principi del mandato, e fu ammesso che un mandatario, o *procurator* potesse agire o per l'attore, o pel conve-

(1) *Gai Gom. 4*, § *83*. — Ved. anche sulla materia VATICANA FRAGMENTA *de cognitoribus et procuratoribus* §§ *517, a 541*.

nuto, ma secondo le regole del mandato. Il che vuol dire che il *procurator* non rappresentava il mandante; egli agiva in suo proprio nome, e non già in nome di quello; a suo proprio rischio e pericolo prendendo sopra di se le conseguenze della lite e della sentenza, che per principio rimaneva estranea al mandante. Si esprimeva cosiffatto risultato dicendo, che il *procurator* diveniva *dominus litis* padrone della lite. E però l'avversario contro il quale egli si presentava avea il diritto di richieder da lui la cauzione *ratam rem dominum habiturum*, il che non era applicabile al caso del *cognitor* (1). Il *procurator* si costituiva senza niuna solennità, fuori la presenza del magistrato o innanzi a lui, assente l'avversario, o presente, mediante il solo mandato. Alcuni giureconsulti ammettevano anche a litigare il semplice *negotiorum gestor*, che si presentava senza alcun mandato, purchè desse la cauzione richiesta per rispondere della ratificazione (2). A questo titolo di mandatario, e sotto l'impero di siffatta regola, il tutore (ne' casi che non si applicava l'antica eccezione *pro tutela* delle azioni della legge), ed il curatore furono ammessi a star in giudizio a loro proprio nome pel pupillo o pel minore. Soltanto con costoro si dispensava talvolta l'obbligazione di dar la cauzione della ratifica (3).

Laonde Gaio in luogo dell'antico principio che non si può agir per altri giunge a dire il contrario: « *Nunc admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno: alieno veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio* » (4).

È degno di esser notato il meccanismo mediante il quale si trasformava la formola quando un terzo veniva a litigar per un altro o come attore, o come reo. Esso ci era stato di già rivelato dalla Parafrasi di Teofilo, che il manoscritto di Gaio è venuto a confermare. Siccome il diritto che forma l'oggetto dell'azione è come diritto reale, o come credito, o come obbligazione esclusivamente annesso alla persona delle vere parti, e non a quella de' terzi che vengono a litigare in loro vece, così soltanto il nome delle vere parti può figurar nell'*intentio* della formola che contiene l'enunciazione del diritto. Ma dipoi nella *condemnatio* si vede figurare il nome del rappresentante; perciocchè verso di lui, se egli fa da attore, debb'esser condannato o assoluto il reo; ed egli medesimo debb'esser condannato o assoluto, se egli fa da convenuto. Gaio laconicamente e con eleganza esprime cosiffatto meccanismo dicendo: « *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit.* » P. e. se Lucio Titio agisce in una causa di obbligazione per Publio Mevio, la formola si comporrà a questo modo: « *Si paret Numerium Negidium Publio Maevio sestertium X millia dare oportere, Judex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium X millia condemna; si non paret, absolve* ». Una somigliante trasformazione ha luogo anche nel caso che il rappresentante faccia la parte di convenuto (5). Questo si praticava tanto pel *cognitor* quanto pel *procurator*, quantunque nel caso del *cognitor* l'azione *judicati* si desse a favore o contro del rappresentato secondo il principio che in questi casi il rappresentante formava una sola persona con lui (6).

Sotto il sistema della procedura straordinaria la possibilità di farsi rappresentare in giudizio da un terzo vie maggiormente si estende, nel senso che la parte del *procurator* si va sempre più ravvicinando a quella del *cognitor*. Anche innanzi che questa precedura fosse divenuta generale e si fosse compiutamente sostituita all'altra, di già al tempo di Alessandro Severo era assodato il principio che il *procurator praesentis*, cioè il *procurator* costituito *apud acta* dalla parte in persona, quantunque senza le parole solenni sarebbe assomigliato al *cognitor*; che in conseguenza egli formerebbe una sola persona col rappresentato, e l'azione *iudicati* sarebbe data a favore o contro di costui (7). Da ultimo la somiglianza divenne vie maggiormente estesa, e si applicò ad ogni *procurator*, anche al *negotiorum gestor* che faceva dopo

(1) *Gai. Com. 4*, §§ *97 e 98.*
(2) *Ivi* § *84.*
(3) *Ivi Gai. Com. 4*, § *99.*
(4) *Ivi* § *82.*
(5) §§ *86 e 87.*
(6) VATIC. J. R. FRAGM, § *317.*
(7) VATIC. J. R. FRAGM. De cognit. et procurat. § *317.* « *Apud acta facto procuratori haec satisdatio remitti solet; nam quum apud acta non nisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intelligendus est* ». Dal resto di questo paragrafo si vede che esso si riferisce al tempo dell' imperadore Severo — § 33. « *Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino, causa cognita, dabitur et in eum judicati actio* ». *Paul. Sent. 1, 3*, de proc. § *1.* « *Mandari potest procuratio praesenti et nudis verbis et per litteras et per nuntium, et apud acta praesidis et magistratus* ». — *C. Theod. 2, 12*, De cognit. et procurat. *7, const. Theod. et Valent.*

il fatto ratificare la sua gestione (1). Di maniera che tutti costoro furon considerati non altrimenti che il *cognitor* come veri rappresentanti che faceano le parti del rappresentato, e s'identificavano con lui, e per conseguente l'azione *judicati* fu data non più a favore o contro di loro, ma sibbene a favore o contro del rappresentato. Allora cessò nella pratica l'uso di costituire i *cognitores*, il che richiedeva delle forme e delle parole solenni; esso non esisteva più sotto Giustiniano, e ne'frammenti degli antichi giureconsulti messi nel Digesto di quest'imperadore dovunque si trovava il nome di *cognitor* vi fu sostituito quello di *procurator*.

In somma sotto Giustiniano non vi è più *cognitor*. Il *procurator praesentis* non è obbligato di dar cauzione. Il *procurator absentis* neppure vi è tenuto; egli non è obbligato più che il *dominus* quando è munito di un mandato pubblicamente comprovato. Solo il semplice *negotiorum gestor* che si presenta senza mandato, e che appellasi *defensor*, perchè questo genere d'intervento naturalmente non ha luogo che per difendere una persona attaccata durante la sua assenza, è tenuto a dar cauzione *ratam rem dominum habiturum*, o *judicatum solvi*. Ed anche quest'ultimo facendo ratificare dopo il fatto la sua gestione è reputato di aver rappresentato il padrone, e contro costui o a favore di costui si dà l'azione o l'eccezione *judicati*.

I. *Procurator neque certis verbis, neque praesente adversario, immo plerumque ignorante eo constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere aut defendere, is tuus procurator intelligitur.*

I. Il procuratore si costituisce senza determinate parole, nè in presenza sempre dall'avversario, anzi per le più questi nol sa neppure. Imperocchè a qualunque uomo tu darai il carico di agire per te o di difenderti, quel tale s'intende esser tuo procuratore.

II. *Tutores et curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.*

II. In che modo si costituisca il tutore o il curatore si è di già esposto nel libro primo.

Se il tutore che sta in giudizio pel pupillo ha adempiuto un dovere forzoso, l'azione *judicati* si dà al pupillo, o contro lui; ma se ha litigato a nome del pupillo quando avrebbe potuto contentarsi di autorizzarlo, cioè di compiere la persona di lui in giudizio, l'azione *judicati* compete al tutore e contro di lui. Lo stesso debbesi dire de' minori di 25 anni, ammettendo sempre la medesima distinzione. In quanto al curatore di un pazzo l'azione *judicati* compete sempre al curatore e contro di lui, perchè non si può mai dar alcuna azione contro i pazzi.

(1) *D. 5, 1*, De judic. *56*.

TITULUS XI.

DE SATISDATIONIBUS.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur: *ut si victus* nec rem ipsam restitueret, nec litis aestimationem ejus, *potestas esset petitori aut* cum eo *agendi*, aut cum fidejussoribus ejus. *Quae satisdatio appellatur* JUDICATUM SOLVI. *Unde autem sic appellatur, facile est intelligere; namque stipulatur quis, ut solvatur sibi quod fuerit judicatum.* Multo magis *is qui in rem actiones conveniebatur satisdare cogebatur*, si alieno nomine judicium accipiebat. *Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator vero si in rem agebat, satisdare jubebatur* RATAM REM DOMINUM HABITURUM. Periculum enim erat ne iterum dominus de eadem re experiretur. *Tutores et curatores eodem modo quo et procuratores satisdare debere verba edicti faciebant; sed* aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. *Haec ita erant, si in rem agebatur.*

TITOLO XI.

DELLE SICURTA'.

Altro fu il modo delle sicurtà appresso gli antichi, ed altro è quello che oggi è stato abbracciato dall' uso. Anticamente nelle azioni in *rem il possessore era astretto a dar sicurtà*, acciocchè perdendo la lite, e *non rendendo la cosa vinta o il valore della lite*, potesse l' attore rivolgersi *contro di lui o contro de' suoi fidejussori*. La qual sicurtà si chiama JUDICATUM SOLVI, ed è facile comprendere perchè sia così chiamata; poichè l'attore stipulava che gli si pagherebbe quel tanto che sarebbe giudicato. *E molto maggiormente* era tenuto a dar sicurtà colui che era convenuto con azione reale, *se egli era convenuto a nome di un altro*; non era tenuto, se era attore per proprio conto. Il procuratore poi se esercitava un'azione *in rem*, era astretto a dar sicurtà che *il padrone confermerebbe quel ch'egli facesse; poichè si correva pericolo, che il padrone non tentasse un'altra volta il giudizio di quella cosa medesima*. L'editto voleva che i tutori o curatori dessero sicurtà come i procuratori ma *quando erano attori, qualche* volta si rimetteva loro cotale obbligazione. E tutto questo si faceva quando l'azione era reale.

Satisdare possessor compellebatur. Se il

possessore non volea dar la sicurtà *judicium solvi*, il possesso mediante un interdetto di cui parleremo più avanti, era trasferito all' attore, se questo offeriva di dar la cauzione che l' avversario avea negata (1).

Si victus nec rem ipsam restitueret, nec litis aestimationem. Siccome il convenuto durante la lite avea il possesso, era giusto che garentisse la restituzione dell'oggetto, o il valore della lite (2).

Cum eo... aut cum fidejussoribus. Il convenuto prometteva per istipulazione del pari che il fidejussore (3); di maniera che l'attore avea contro lui o contro il suo fidejussore l'azione *ex stipulatu*. Egli è vero che l'attore dopo aver gu adagnato la sua causa avea contro il reo anche l' *actio ex judicato*, ma non era raro presso i Romani che un creditore cercasse di aver più azioni pel medesimo oggetto, e che soprattutto preferisse l'azione *ex stipulatu*.

Multo magis si alieno nomine judicium accipiebat. Se il *dominus litis* era obbligato a dar sicurtà, a più forte ragione era obbligato il suo *procurator*, giacchè per costui vi era una regola applicabile alle azioni reali e personali, che si trova ricordata nel § 1. di questo titolo. In quanto al *cognitor* egli non dava mai siffatta cauzione; nelle azioni reali il rappresentato dovea darla per lui (4).

Periculum enim erat ne iterum dominus de eadem re experiretur. Siccome il *procurator* non s'identificava col rappresentato, e siccome intentando l' azione egli non obbligava il rappresentato, questi avrebbe potuto rinnovar l'azione. Del resto questo principio non si applica al *procurator* il cui mandato è certo, dopochè è stato messo al medesimo livello che il *cognitor*. Ma anche dopo stabilita quest' eguaglianza vi era però ancora una differenza tra l'azione intentata dal *cognitor* e quella intentata dal *procurator* con mandato certo; perciocchè nel primo caso il diritto del rappresentato era estinto *ipso jure*; mentre nel secondo era mestieri che questo diritto d'intentar l'azione fosse nuovamente renduto vano per un eccezione di dolo o *rei iudicatae* (5).

Aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Se i tutori o curatori erano convenuti, probabilmente era sempre necessario che dessero sicurtà a cagione della regola: *nemo defensor in aliena re sine satisdatione.*

I. *Si vero in personam: ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quae diximus in actione qua in rem agitur. Ab ejus vero parte cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret*, omnimodo satisdaret, *quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam, JUDICATUM SOLVI satisdare non cogebatur.*

1. Nell' azione personale si applicava all' attore quel che abbiam detto per le azioni reali; ma in quanto al convenuto, se egli interveniva a nome di altri *dovea dare in ogni modo sicurtà*, giacchè niuno può esser idoneo difensore di un altro senza dar cauzione. Se al contrario il convenuto interveniva per se medesimo in un'azione personale, non era astretto a dare la cauzione *judicatum solvi*.

Omnimodo satisdaret. Un frammento del Vaticano ci fa sapere, che nel caso in cui il *procurator* interveniva *ad defendendum*, l' obbligazione di dar sicurtà non era rimessa ne anco al *procurator* costituito *apud acta*. Se il convenuto era un *cognitor* spettava al *dominus* di dar la sicurtà per lui (6).

II. *Sed haec hodie aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive in personam suo nomine, nullam satisdationem* pro litis aestimatione *dare compellitur, sed pro sua tantum persona quod* in judicio permaneat *usque ad terminum litis: vel committitur suae promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem* vocant; vel *nudam promissionem vel satisdationem pro qualitate personae suae dare compellitur.*

2. Oggi le cose vanno altramente, poichè il convenuto così nell' azione reale come nella personale quando sta in giudizio per suo conto non è tenuto a dar sicurtà *pel valore della lite*; egli è soltanto obbligato a garentire che si presenterà in persona e che *resterà in causa* sino al termine della lite; ovvero si sta al suo giuramento che chiamasi cauzione giuratoria, o anche, secondo la qualità della persona è obbligato o di dar sicurtà, o di fare *una semplice promessa.*

Pro litis aestimatione. Nell'antico diritto, la cauzione *judicatum solvi* avea per fine di garentire: 1.° il valore della lite (*de re judicata*); 2.° che il convenuto resterebbe in causa per difendersi (*de re defendenda*). Egli è probabile che di già prima di Giustiniano la cauzione *de re judicata* non avea più luogo se non per alcuni casi eccezionali. Dopo quest' imperadore essa

(1) *Paul. Sent. 1, 2, 1.—Vatic. f. 317.—C. 8,6.*
(2) *Gaio 4, 89.— Cic. p. P. Quint. 13.*
(3) *Gai. 4, 93.*
(4) *Gai. 4, §§ 101, e 97.*
(5) *Vat. F. 317.*
(6) *Val. fr. 317.*

sa non ebbe più luogo neppure ne' casi eccezionali; ma il convenuto rimase soggetto alla cauzione *de re defendenda* (*pro sua tantum persona*) detta eziandio *cautio judicio sistendi*, la quale pare non esser altro che la successione del *vadimonium* del sistema formolario.

In judicio permaneat. Questa espressione non s'incontra in alcun altro luogo; in fatti la clausola *de re defendenda* applicavasi solamente a quel che si operava *in jure*, ed era una garentia data dal convenuto di presentarsi innanzi al pretore. Non dee far maraviglia che sotto Giustiniano quando il *jus* ed il *judicium* son confusi, il nostro testo porti che la sicurtà debba abbracciare tutto il *judicium*.

Nudam promissionem. Questa espressione è adoperata ad imitazione de' *vadimonia pura* di cui parla Gaio Com. 4 §.185.

III. *Sin autem per procuratorem lis vel infertur vel suscipitur: in actoris, quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel praesens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum satisdationem procurator dare compellitur; eodem observando, et* si tutor vel curator, *vel aliae tales personae quae alienarum rerum gubernationem receperunt,* litem quibusdam per alium inferunt.

3. Ma se la lite si fa o si accetta per procuratore, bisogna allora che per la parte dell'attore si dia sicurtà che il padrone avrà per confermato ciò che farà il procuratore, salvochè egli non mostri il mandato registrato negli atti, o il padrone della lite non confermasse personalmente in giudizio colui esser suo procuratore; il medesimo si dee osservare *se il tutore o il curatore*, o altre simiglianti persone incaricate di amministrar gli affari di un altro, *intentino un' azione per mezzo di un rappresentante.*

Quibusdam si tutor vel curator litem per alium inferunt. I tutori e i curatori quando intervengono essi medesimi in giudizio non son tenuti di dar sicurtà, sotto Giustiniano; ma possono esser rappresentati da un'altra persona; quest'ultima soltanto sarà obbligata di dar sicurtà, se non sarà stata incaricata con un mandato autentico, o per via della presentazione in giudizio.

IV. *Si vero aliquis convenitur: si quidem praesens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, et sui procuratoris personam per* IUDICATUM SOLVI *satisdationem solemni stipulatione firmare; vel extra judicium satisdationem exponere per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus* IUDICATUM SOLVI *satisdationis clausulis. Ubi et de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicio caverit,* tam ipse quam heredes ejus obligentur: alia insuper cautela, *vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiae recitandae in iudicio invenietur; vel si non venerit, omnia dabit fideiussor, quae condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.*

4. Quando alcuno è chiamato in giudizio, se essendo presente è apparecchiato a dar il procuratore, può o venir egli medesimo in giudizio e dare pel suo procuratore la cauzione IUDICATUM SOLVI per solenne promessa, o obbligarsi stragiudizialmente come fidejussore del suo procuratore con tutte le clausole della cauzione IUDICATUM SOLVI. Allora egli dee dar ipoteca sopra i suoi beni tanto se giudizialmente, quanto se stragiudizialmente abbia dato cauzione, *e questa obbligazione passa ai suoi eredi. Egli inoltre dee dar cauzione* di venire egli medesimo in giudizio quando si pronunzierà la sentenza, altrimenti non venendo, il fidejussore pagherà quel che si sarà sentenziato, se per avventura non si fosse appellato.

Tam ipse quam heredes ejus obligentur. Non si vede abbastanza perchè Giustiniano dice che in questo caso gli eredi di colui che ha costituito procuratore sieno tenuti come il costituente medesimo; perciocchè la stessa obbligazione è trasmessa agli eredi quando il costituente si obbliga come fidejussore: questo forse deriva dal perchè altra volta obbligavasi, nel medesimo scopo come *sponsor* o *fideipromissor*, ed allora l'erede del promettente non era tenuto alla promessa del suo autore (1).

Alia insuper tutela. Questa nuova cauzione era necessaria per dare l'azione *judicati* contro il padrone della lite, il che non avrebbe potuto aver luogo se il procuratore non fosse stato costituito giudiziariamente.

IV. *Si vero reus praesto ex quacumque causa non fuerit, et alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia inter actiones in rem vel in personam introducenda, potest hoc facere: ita tamen ut satisdationem* IUDICATUM SOLVI *pro litis aestimatione praestet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.*

5. Ma se il reo non fosse presente per qualunque causa si sia, ed un altro volesse entrare a difenderlo, senza alcuna differenza tra le azioni reali e le personali, egli lo può fare dando però cauzione di pagar l'ammontare della lite. Poichè (come già detto abbiamo) secondo l'antica regola niuno può difender lo cose altrui senza la sicurtà.

(1) *Gai. 3, 120.*

VI. *Quae omnia apertius et perfectissime a quotidiano judiciorum usu in rerum documentis apparent.*

6. Le quali tutte cose più apertamente e più perfettamente appariscono nella pratica che giornalmente s'esercita ne' giudizii.

VII. *Quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam in omnibus nostris provinciis etsi propter imperitiam forte aliter celebrantur, obtinere censemus, cum necesse est omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est hanc regiam urbem ejusque observantiam sequi.*

7. La qual forma giudichiamo che si debba osservare non solamente in questa città Regale, ma eziandio in tutte le nostre provincie, quantunque per ignoranza s'osservi per avventura altrimenti, essendo necessario che ogni provincia seguiti ed usi quel che s'osserva in questa regia città, che è il capo di tutte le altre.

TITULUS XII.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUAE AD HAEREDES ET IN HAEREDES TRANSEUNT.

Hoc loco admonendi sumus eas quidem actiones quae ex lege senatusveconsulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur perpetuo solere antiquitus competere, donec sacrae constitutiones tam in rem quam in personam actionibus certos fines dederunt; eas vero quae ex propria praetoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere, nam et ipsius praetoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen et in perpetuum extenduntur, id est usque ad finem ex constitutionibus introductum; quales sunt eae quas bonorum possessori, caeterisque qui eredis loco sunt, accomodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius praetoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur: absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

TITOLO XII.

DELLE AZIONI PERPETUE O TEMPORALI, E DI QUELLE CHE PASSANO AGLI EREDI E CONTRO GLI EREDI

Qui è a notare che quelle azioni le quali vengono per legge, per senato-consulto, o per sacre costituzioni solevano anticamente competere in perpetuo fino a che le sacre costituzioni ebber messo un certo termine alle azioni tanto reali, quanto personali; ma quelle che dipendono dalla propria autorità del pretore per lo più vivono un anno solo, poichè il pretore non esercitava il suo magistrato più oltre che un anno. Nondimeno qualche volta durano in perpetuo cioè perfino al termine stabilito dalle costituzioni, come son quelle azioni, le quali il pretore accomoda al possessor de' beni ed a tutti gli altri che sono in luogo di eredi. Parimente l'azione del furto manifesto, quantunque nasce dalla giurisdizione del pretore, nondimeno si da perpetuamente, perchè egli giudicò non esser conveniente che non durasse oltre un anno.

Sotto l' impero del sistema formolario si dovea distinguere accuratamente, circa la durata, tra l'azione già organizzata dal magistrato, vale a dire la formola rilasciata da lui, e l'azione da intentarsi, cioè l'azione considerata unicamente come il diritto di agire, il diritto di ricorrere al magistrato e di domandargli la spedizione di una formola. L'azione già organizzata per la spedizione della formola diveniva per effetto della *litis contestatio* un diritto acquistato ormai perpetuo, e trasmissibile, a favore o contro degli eredi (quì sopra pag. 359). Non pertanto affinchè le istanze giudiziarie non fossero indefinitamente prolungate, la legge Julia *judicaria* stabilì un termine; esse doveano esser giudicate nel termine di 18 mesi, passato il quale si estinguevano. Inoltre noi sappiamo che ne' *judicia imperio continentia* la durata dell'istanza non era diversa da quella del potere del magistrato che l'avea ordinata. Questa materia è stata da noi già esposta (quì sopra p. 327 e seg.). Or non si tratta già di questa nel presente titolo. Il soggetto di questo titolo è la durata delle azioni da intentarsi, vale a dire il termine nel quale l'attore ha il diritto d'intentare la sua azione, non più con la domanda di una formola, ma citando direttamente innanzi all'autorità che dee giudicare. In una parola non si tratta dell'estinzione d'una istanza per decorrimento del termine senza che siasi pronunziata la sentenza, ma sibbene dell'estinzione di un'azione per esser trascorso il termine senza che quegli al quale competeva l'avesse esercitata.

Per questo rispetto le azioni si distinguevano in azioni perpetue la cui durata era illimitata, ed in azioni temporali, le quali non duravano oltre un anno. Erano perpetue le azioni civili, o fondate sopra una legge, un senato-consulto, o una costituzione, salvo qualche eccezione (1). Erano temporali le azioni pretorie, o fondate solamente sull' editto del pretore, salvo parecchie eccezioni; imperocchè certe azioni quantunque create unicamente dal pretore avean ricevuto da lui ad imitazione del diritto civile una durata perpetua: tali erano l'azione *furti manifesti*,

(1) Tale era p.e. l'azione contro gli *sponsores* ed i *fideipromissores* la quale non durava altre a due anni, secondo la legge Julia (*Gai. Com. 3, § 121*); tale era eziandio l'azione *De lege Julia repetundarum* limitata ad un anno contro gli eredi (*D. 48, 11.* De leg. Jul. rep. 2, *f. Scaev.*)

quelle date al *bonorum possessor*, all' *emptor bonorum*, l' azione Publiciana e in generale le azioni persecutorie della cosa, secondo che ne insegna il giureconsulto Paolo seguendo Cassio: « *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait: ut quae rei persecutionem habeant, haec etiam post annum darentur; caeterae intra annum* » (1).

La ragione che il nostro testo allega perchè le azioni pretorie eran limitate ad un anno, cioè che il potere medesimo del pretore non durava più oltre, non è soddisfacente. In fatti non si tratta quì della durata di un' istanza già organizzata dal magistrato, ma della durata di un'azione creata dall'editto e che dura un anno sotto qualunque pretura sia cominciata, o continui. Più ragionevole sarebbe il dire che il pretore introducendo pel suo editto delle nuove azioni spesso estranee o anche contrarie al diritto civile faceva ciò con una certa ritenutezza, e limitando la loro durata. Del resto non è impossibile che questa considerazione che l'editto medesimo non dovea durare oltre un anno, non abbia esercitato anche la sua influenza, e fatto scegliere il termine di un anno piuttosto che un'altro. Quando il pretore ha dato un'azione persecutoria della cosa fondata sul principio dell'equità, o anche un'azione penale, ma per raddolcimento di un'altra del diritto civile, come nell'azione *furti manifesti*, egli ha sempre reso perpetue queste azioni (2); per contrario quando ha dato delle azioni penali di sua propria invenzione, o anche delle azioni *persecutorie* della cosa, ma contrarie al diritto civile, come le azioni *rescissorie*, egli ne ha limitato la durata ad un anno (3).

Sotto il Basso-impero le regole di siffatta materia furono al tutto cangiate dalle costituzioni imperiali. Ogni azione o reale o personale si estingueva per 30 anni passati senza esercitar l' azione, computando questo termine dall'avvenimento che l'avea fatta nascere (*ex quo iura competere coeperunt*); salvo alcuni casi eccezionali pei quali la durata si estendeva a 40 anni. Tra questi ultimi casi si annovera quello dell' azione ipotecaria quando l'oggetto ipotecato è rimasto nelle mani del debitore (4). Non pertanto il nome di azioni perpetue, per memoria del passato, continua tuttavia ad applicarsi a cosiffatte azioni. Di maniera che sotto Giustiniano l'epiteto di *perpetua* non dinota più che le azioni trentenarie per contrapposto a quelle la cui durata si trova ristretta ad un più breve decorrimento di tempo.

1. *Non omnes autem actiones quae in aliquem* aut ipso jure competunt aut a praetore dantur, *et in heredem aeque competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula* ex maleficiis poenales actiones *in heredem rei non competere: veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriae. Sed heredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur.* Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, *cum testator dolose versatus sit et ad heredem ejus nihil ex dolo pervenit. Poenales autem actiones quas supra diximus*, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae *et heredibus dantur et contra heredes transeunt.*

1. Non tutte le azioni che o *per dritto civile competono* contro qualcuno, *o si danno dal pretore*, sogliono esser date contro gli eredi. Dappoichè è certissima regola di diritto che *le azioni penali per maleficio* non competono contro gli eredi del reo, come sarebbe l'azione di furto, de' beni tolti per forza, e del danno ingiusto. Ma siffatte azioni competono agli eredi e non sono negate fuor solamente l'azione dell' ingiuria, e qualche altra simile a questa. *Ma qualche volta avviene che anche l'azione per contratto non compete contro l'erede*, come sarebbe se il testatore avesse operate con frode, e di questa frode niun utile fosse pervenuto all'erede. Le azioni penali poi delle quali abbiamo ragionato di sopra, se vi è stata la *contestatio litis tra le persone principali*, si danno agli eredi e passano contro gli eredi.

Aut ipso iure competunt, aut a praetore dantur. Sotto il sistema formolario tutte le azioni per ciò che riguarda la spedizione della formola eran date dal pretore; ma le espressioni del nostro testo si riferiscono all' origine medesima delle azioni, cioè se derivano dal diritto civile (*ipso iure*), o dal diritto pretorio (*a praetore*).

Ex maleficiis poenales actiones. Gli eredi del colpevole non sono esposti alle azioni penali, alle quali il defunto era soggetto, se non fino a concorrenza del guadagno che il delitto di quest'ultimo ha loro procurato; perciocchè il solo colpevole debb'esser punito. Ciò che dice il nostro testo non si applica alle azioni penali in quanto son *rei persecutoriae*; essendochè queste ultime si danno eziandio contro gli eredi

(1) *D. 44, 7.* De oblig. et act. *35, pr. f. Paul.*
(2) *Gai. Com. 4, § III.*
(3) *D. 44, 7.* De oblig. et act. *35, pr. f. Paul.*: «... *Item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur* ».
(4) *C. 7, 39.* De praescriptione XXX vel XL annorum

del colpevole (1). Ma ciò si applica alle azioni miste (*poenae et rei persequendae*), le quali nascono da un contratto, perchè esse sono anche penali (2).

In quanto alle azioni penali le quali appartenevano attivamente al defunto, queste passano tutte agli eredi di lui, tranne l'azione d'ingiurie, l'azione di testamento inofficioso, e tutte quelle che son fondate sopra una specie di spirito di vendetta (3).

Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit. Giustiniano ha copiato questa parte del nostro testo da Gaio (4), ove la sola eccezione citata era quella che riguardava gli eredi dell'*adstipulator*, dello *sponsor*, e del *fideipromissor*. Ma queste specie di obbligazioni non esistono più sotto Giustiniano, e quindi la frase che nel nostro paragrafo è posta in luogo di quell'esempio rimane in una grande oscurità, e non se ne vede bene l'applicazione. In fatti ne'contratti se il defunto ha commesso frode, i suoi eredi ne sono responsabili (5). Non vi è eccezione se non per la frode commessa dal defunto in un deposito necessario (quì sopra pag. 327). A meno che non si supponga che Giustiniano abbia inteso parlare de'contratti di stretto diritto ne'quali se vi è stata frode, siccome l'azione che nasce dal contratto non comprende i fatti di frode, è mestieri ricorrere all'azione *de dolo*, la quale si da contro gli eredi in quanto abbian profittato della frode (6).

Fuerint contestatae. Noi sappiamo abbastanza qual'era l'effetto della *litis contestatio*, e come dal momento che essa avea luogo il diritto dell'istanza istituita diveniva un diritto acquistato, e trasmisibile agli eredi (quì sopra p. 339)

II. *Saperest ut admoneamus quod si ante rem judicatam is cum quo actum est satisfaciat actori, officio judicis convenit cum absolvere, licet judicii accipiendi tempore in ea causa fuisset ut damnari debeat: et hoc est quod ante vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse.*

2. Ci rimane a far osservare che se prima della sentenza il convenuto sodisfa l'attore, il giudice dee assolverlo, quantunque al tempo che l'azione fu introdotta, il convenuto si trovasse nel caso d'esser condannato. Ed in questo senso è da intendersi quel che volgarmente si diceva dagli antichi, che tutti i giudizii sono assolutorii.

Noi abbiamo abbastanza spiegato l'origine ed il senso della regola esposta quì dal nostro testo, ed il dissentimento che v'era stato intorno a ciò tra i Sabiniani ed i Proculeiani (quì sopra p. 327). L'opinione quì adottata da Giustiniano è quella de'Sabiniani.

(1) *Inst. 4, 4, § 19. — D. 15, 1, 7, § 2, Ulp.— Ivi 25, 2, 6, § 4, Paul.*
(2) *Inst. 4, 6, § 17.—D. 16, 3, 1, § 1, Ulp.— Eod. 18. Nerat.*
(3) *D. 47, 10, 7, § Ulp. — Ivi 2, 4. 24. Ulp.— Ivi 5, 2, 6. §§ 2, e 7. Ulp.*
(4) *4, 115.*
(5) *D. 5. 17. 152. § 5.—Eod. 157. § 2. Ulp.— D. 44. 7. 49. Paul.—Eod. 12. Pomp.—D. 16, 3. 7. § 1. Ulp.*
(6) *D. 4. 3. § 17. 1. Ulp.*

REASSUNTO DEL LIBRO QUARTO.

(TITOLO VI. A XIII.)

DIVERSE SIGNIFICAZIONI DELLA PAROLA AZIONE — DIVERSI SISTEMI SUCCESSIVI DI PROCEDURA APPRESSO I ROMANI.

La parola azione ha diversi significati:

1°. Nel senso proprio e naturale (derivato da *agere*) significa il ricorso, cioè l'atto medesimo del ricorrere all'autorità per far valere i propri diritti in un modo qualunque, o dimandando o difendendo, ma più particolarmente dimandando.

2.° In un secondo senso per figura di lingua azione non è più l'atto medesimo, ma il diritto di far quest'atto, cioè il dirit-

to di formar questo ricorso all' autorità.

3.° Da ultimo in un terzo senso figurato come il secondo, azione non è più nè l'atto medesimo, nè il diritto di far quest'atto, ma è il mezzo che vi si offre, la forma che avete a seguire per esercitare il ricorso.

Sicchè nella prima significazione l'azione è un fatto; nella seconda è un diritto: nella terza un mezzo, una forma.

Queste tre significazioni generali sono adoperate tutte e tre nel diritto romano; ma la parola vi s'incontra eziandio con altre significazioni tecniche più o meno ristrette, le quali han variato secondo le epoche, ed i sistemi diversi di procedura.

Questi sistemi sono tre.

PRIMO SISTEMA

Azioni della legge.

1° Il sistema delle azioni della legge (*legis actiones*) che apre la storia del diritto romano e rimonta alle prime origini nazionali.

Il suo carattere è sacerdotale e patrizio; esso consiste principalmente in pantomime simboliche da farsi, ed in parole sacramentali da pronunziarsi sia da' litiganti, sia dal magistrato; esso è d'uno stretto rigore ed esclusivamente riserbato a' cittadini.

Esso regna interamente per più di cinque secoli; non pertanto è raddolcito da talune addizioni o modificazioni graduali. I cittadini cominciano a sostituirvi spesse volte, nel fatto, una pratica ad imitazione delle forme osservate pei peregrini. Al sesto secolo di Roma una legge, la legge AEBUTIA (per congettura anno di R. 577 o 583.) sanziona legislativamente questa pratica, e toglie in gran parte il sistema delle azioni della legge. Quest' abolizione è compiuta sotto Giulio Cesare e sotto Augusto dalle due leggi JULIAE *judiciariae* (per congettura anno di R. 708 e 729.), le quali più largamente estendono ed ordinano il sistema seguente. Tuttavia il sistema primitivo si conserva per lungo tempo in vestigi, sia realmente in alcuni casi eccezionali, sia per finzione in alcune finte pratiche. Quest'ultima traccia durò fino a Giustiniano il quale interamente la cancellò. Sicchè dal primo sistema al secondo non vi è un passaggio immediato ed una radicale sostituzione di uno all'altro. Essi si fondono l'uno nell'altro, e le vestigia dell'uno si estendono eziandio sotto il regno dell'altro.

In questa espressione *legis actiones* azioni della legge la parola azione dinota una sorta di procedura considerata nel suo complesso. Così quando si dice che vi ha cinque azioni della legge, le azioni *sacramenti*, *per judicis postulationem*, *per condictionem*, *per manus injectionem*, *e per pignoris captionem*, ciò significa che vi sono in questo sistema cinque sorte di procedura determinate e sacramentali, cinque differenti maniere di agire e di procedere secondo la diversità de' casi.

SECONDO SISTEMA

Procedura formolaria.

2° Il sistema della procedura per formole detto altresì procedura ordinaria (*ordinaria judicia*), che prende la sua origine in ciò che si praticava rispetto a' peregrini, e mediante il quale si può dire che la procedura quiritaria si *ummizza*, da sacerdotale ed esclusivamente riservata ai cittadini com'era in prima, di vien pretoria ed applicabile a tutti, salvo qualche eccezione.

Il suo carattere essenziale sta nella composizione della formola, i cui elementi son discussi e fermati innanzi al magistrato (*in iure*), e che da costui rilasciata alle parti contiene la nomina del giudice, ed indica a questo giudice i punti o di fatto o di diritto, che avrà a verificare e la sentenza che dovrà pronunziare secondo il risultamento di siffatta verificazione. La formola è quella che conferisce al giudice la sua missione e che gli determina l'estensione più o meno ampia de' suoi poteri. Essa è ordinata e formata in guisa che potrebbesi dire con esattezza esser come una specie di sentenza condizionale. Secondo che il sistema formolario applicandosi ai cittadini si estende e perfeziona, si vengono a distinguer nelle formole diverse parti che vi si posson trovare o tutte insieme o alcune separatamente: altre principali (*partes formularum*), ed altre accessorie (*adjectiones*). Le prime al numero di quattro: la *demonstratio* l'*intentio*, la *condemnatio*, ed in tre casi particolari soltanto l'*adiudicatio*. Fra le seconde: le prescrizioni (*praescriptiones*), le eccezioni, repliche, dupliche, etc.

Questo sistema introdotto dalla pratica pretoria e da prima pei soli peregrini; esteso poi di fatto, alle liti tra i cittadini col mezzo di vari artifizî e di alcune somiglianze d'espressioni le quali sembrano

annodarlo alle antiche azioni della legge, e da quelle farlo derivare; sanzionato legislativamente dalla legge ÆBUTIA, e definitivamente organizzato dalle due leggi JULIAE *iudiciariae*, questo sistema rimane in vigore dal sesto secolo di Roma fino all'undecimo ai tempi cioè di Diocleziano. Esso non è di sbalzo e tutto in un tratto distrutto e surrogato dal terzo ed ultimo sistema, ma invaso per così dire, a poco a poco si fonde in quest'ultimo sistema come in esso medesimo erasi già fuso quello delle azioni della legge.

In questa procedura la parola *azione* dinota più specialmente il diritto conferito dal magistrato di domandare innanzi ad un giudice ciò che ci è dovuto: e vison tante azioni quanti sono i diritti da esercitare. Per figura di lingua essa si adopera eziandio a significare la *formola* la quale riassume ed esprime siffatto diritto; o il *iudicium* cioè l'istanza giudiziaria organizzata dalla formola: di maniera che queste tre parole *actio, formula, iudicium* sovente vi son prese come sinonimi.

Più particolarmente *actio* si applica alle istanze per obbligazioni, o in altri termini alle azioni personali; e questo per una ragione tutta istorica, ed è che le formole da principio non furono adoperate che in materia di obbligazioni. In quanto a'reclami di proprietà o altri diritti reali la parola propria è *petitio*. Finalmente chiamasi *persecutio* il ricorso innanzi al magistrato, acciocchè risolva egli medesimo di propria autorità senza rinviare innanzi ad un giudice, il che si dice *extra ordinem conoscere*. Dal che viene quella distinzione trilogica: *actio, petitio, persecutio* la quale s'incontra quasi sacramentalmente nel formolario della pratica romana.

TERZO SISTEMA

Procedura straordinaria.

3.° Il sistema della procedura straordinaria (*extraordinaria iudicia*) che è l'ultimo, ed il solo in voga sotto Giustiniano. Il suo carattere essenziale consiste in ciò che non vi è più distinzione tra il magistrato ed il giudice, non più pantomime e parole sacramentali, come nelle azioni della legge, non più composizione e spedizione di una formola, come nella procedura formolaria. Le parti si citano direttamente innanzi l'autorità competente, e quest'autorità riunendo le funzioni di magistrato e di giudice pronunzia la sentenza.

Questo procedimento adoperato unicamente per eccezione in alcuni casi sotto la procedura formolaria, e per questa ragione detto straordinaria (*extra ordinem cognitio*) s'intromette sempre più negli affari, a misura che il regime imperiale si rafforza, e si va ravvicinando al potere assoluto. Una costituzione di Diocleziano (anno di R. 1047. 294. di G. C.) ne fa la regola comune per le provincie; e questa regola di poi si rende generale per tutto l'impero; alcune tracce del sistema al quale essa è sostituita son da prima conservate in apparenza e nel solo nome, ma col tempo si van dileguando e spariscono del tutto. Per siffatta maniera che Giustiniano per diffinire il cangiamento effettuato non ha altro a dire se non che. « Oggi tutte le istanze sono straordinarie, *extra ordinem sunt hodie omnia judicia* ».

Le instituzioni di quest'imperadore tralasciando tutto quello che riguarda la forma non riguardano le azioni se non come di diritto medesimo di agire, e questo è il punto di vista sotto il quale ne trattano.

A quest' epoca e sotto questo regime di procedura l' azione considerata come un diritto nella sua significazione più generale non è altro che la facoltà di domandare innanzi all'autorità giudiziaria direttamente e senza una concessione speciale ciò che ci appartiene o che ci è dovuto. Adunque malamente Giustiniano prende da' giureconsulti del tempo della formola una definizione che alla sua epoca non è più esatta.

Differenti divisioni delle azioni.

Per le azioni del pari che per tutte le cose si può fare un gran numero di divisioni o classificazioni differenti, secondo i differenti, punti di vista sotto i quali esse si riguardano. Le principali tra queste divisioni all'epoca della procedura straordinaria son le seguenti.

PRIMA DIVISIONE

Azioni reali *(in rem)*, **ed azioni personali** *(in personam)*. — **Azioni pregiudiziali.** — **Azioni che sembrano miste tanto** *in rem*, **quanto** *in personam*.

La divisione delle azioni in azioni reali e personali è una divisione essenziale e fondamentale che è comune a tutti i sistemi di procedura presso i Romani e che dee ritrovarsi in ogni tempo in tutte le legislazioni. Essa è dedotta dalla natura dei

diritti che le azioni tendono a far valere. L'azione reale è quella che tende a reclamare un diritto reale; l'azione personale quella che tende all'esecuzione d'un'obbligazione, o se si vuol maggior chiarezza, l'azione reale è quella con la quale l'attore sostiene che egli, fatta astrazione da ogni altra persona, ha la facoltà di disporre o di ritrarre un profitto più o meno grande da una cosa corporale o incorporale. L'azione personale è quella con la quale l'attore sostiene che il convenuto è obbligato verso di lui, e domanda l'esecuzione di questa tale obbligazione.

Il nome d'azione *in rem* e d'azione in *personam* è venuto ad esse dal sistema formolario. Perchè l'*intentio* della formola che enuncia il diritto preteso nelle une è conceputa generalmente senza indicazione di persona, il che i Romani esprimono dicendo che è conceputa *in rem*; mentre nelle altre l'*intentio* per enunciare il diritto dee necessariamente contenere il nome della persona che si dice obbligata; essa è redatta individualmente rispetto a questa persona soltanto, il che i Romani esprimono dicendo che è conceputa *in personam*.

Sicchè ricapitolando, le azioni *in rem* e le azioni *in personam* deducono la loro divisione della natura medesima del diritto, e la loro denominazione dalla redazione della formola. Ma in sostanza la natura del diritto è quella che domina.

L'azione *in rem* si applica a tutte le varietà de' diritti reali: alla proprietà che è il diritto più esteso di tutti, a' suoi diversi smembramenti, o diritti di usufrutto, di servitù, d'enfiteusi, di superficie, ai diritti di pegno o d'ipoteca, come anche a quelli di libertà d'ingenuità di paternità ed altri di tal natura relativi allo stato delle persone. Quando essa ha per oggetto il reclamo della proprietà d'una cosa corporale porta il nome speciale di *rei vindicatio* che deriva dal sistema delle azioni della legge. Quando ha per oggetto il reclamo d'un diritto di usufrutto, o di qualunque altra servitù si distingue in due sorte, e prende per ciascuna di esse una denominazione particolare: *actio confessoria* quando l'attore sostiene aver un diritto di servitù sopra una cosa appartenente ad altrui; *actio negatoria* o *negativa* quando il proprietario di una cosa sostiene che un diritto di servitù preteso dal suo avversario non esiste. Per la proprietà piena ed intera una formola negativa nella quale alcuno si limitasse a dire che l'avversario non sia proprietario sarebbe ridicola, e non menerebbe a nulla. Se per le servitù la cosa va diversamente, ciò è perchè in fondo riguardo ad esse la formola negatoria si riduce ad una vera affermazione del diritto. L'azione confessoria e l'azione negatoria han questo di particolare che possono esser esercitate anche da colui che è nel quasi-possesso del diritto reclamato, pel solo fatto di esser turbato o minacciato nel suo godimento, o anche pel timore che vi sia d'esser turbato.

Quando l'azione *in rem* ha per oggetto il reclamo d'una qualità o d'un diritto relativo allo stato delle persone come quelli di libertà, d'ingenuità, di paternità, etc. essa prende un carattere speciale ed il nome di azione pregiudiziale (*praejudicialis actio*). Sotto il sistema formolario l'azione pregiudiziale avea questo di particolare che la sua formola non conteneva condanna; il giudice non avea a condannare o ad assolvere il convenuto, ma solamente a riconoscere e dichiarare con la sua sentenza l'esistenza di un fatto o di un diritto, che da quel momento diveniva giudizialmente costante, e da cui le parti potevano più tardi, ove ne fosse mestieri, dedurne tutte le conseguenze legali. Sotto Giustiniano è scomparso tutto quel che si riferisce alla redazione della formola; ma tranne questa redazione che non ha più luogo, il carattere dell'azione rimane il medesimo.

A questa divisione delle azioni reali *in rem* e delle azioni personali (*in personam*) le Instituzioni aggiungono come un terzo ordine alcune azioni che sembrano esser miste nel senso che sarebbero ad un ora tanto *in rem* quanto *in personam*; cioè le azioni per divisione di eredità (*familiae erciscundae*), per divisione di una cosa comune (*communi dividundo*), e per regolamento di confini (*finium regundorum*). Ma in realtà queste azioni son personali (*in personam*), perchè tendono all'esecuzione di un'obbligazione; ed in questo modo esse son qualificate anche ne' testi di Giustiniano. In quanto al tempo del sistema formolario era assolutamente impossibile che l'*intentio* della formola fosse conceputa ad un ora generalmente *in rem*, ed individualmente *in personam*, e per conseguente che vi fosser delle azioni tanto *in rem* quanto *in personam*.

L'idea che pare aver indotto i compilatori delle Instituzioni di Giustiniano a dar questa qualificazione alle tre azioni che abbiamo qui sopra indicate è che que-

sie son le tre sole azioni nelle quali vi possa esser luogo in un tempo medesimo all'aggiudicazione ed alla condanna, vale a dire all'attribuzione della proprietà di tutto, o parte delle cose, e ad una prestazione dalla parte delle persone. Ed anche in questo senso l' espressione *in rem* non è esatta, se si voglia prender nel senso tecnico; perciocchè il risultamento di un'azione *in rem* è il riconoscimento di una proprietà preesistente, mentre l'aggiudicazione che si contiene nelle tre predette azioni è l'attribuzione d'una proprietà nuova creata dalla sentenza medesima.

SECONDA DIVISIONE:

Azioni civili, azioni pretorie.

Questa divisione delle azioni si deduce dall'autorità che le ha stabilite. Questa è la divisione che s'incontra da per tutto nella legislazione Romana, tra il diritto civile ed il diritto pretorio: applicata alle persone, alla proprietà, alle successioni, alle abligazioni si trova ancora riguardo alle azioni. L'azione civile è quella che è fondata sopra una legge, un senato consulto, una costituzione, o altro fonte di diritto civile. L'azione pretoria è quella che è stata unicamente introdotta dall' editto del pretore. Al tempo del sistema formolario le due principali procedure usate da'pretori per munire di azioni alcuni casi non sanzionati dal diritto civile erano o di comporre la formola sopra una finta ipotesi (*fictitiae actiones*), o anche più frequente, di ridurla *in factum* vale a dire con una *intentio* che proponeva al giudice la quistione non come una quistione di diritto, ma come una quistione di fatto (*actiones in factum conceptae*). Quantunque sotto Giustiniano non si tratta più di cosiffatte redazioni, non pertanto esse han lasciato le lor tracce nella definizione, e nella esposizione delle diverse azioni pretorie.

Il pretore ha in tal modo creato delle azioni sia *in rem* sia *in personam*.

Tra le azioni *in rem* pretorie si annoverano principalmente:

Come azioni finte le due azioni Pubbliciane, e l'azione Pauliana ordinate la prima (*Publiciana actio*) sull'ipotesi finta che una usucapione non compiuta fosse compiuta; la seconda detta da' comentatori Pubbliciana rescissoria sull'ipotesi contraria, cioè, che un' usucapione compiuta non fosse compiuta; e la terza (*Pauliana in rem* egualmente rescissoria) sulla finta ipotesi che un'alienazione fatta dal debitore, in frode de' suoi creditori non avesse avuto luogo. Non si dee confonder con questa ultima un'altra azione Pauliana la quale è personale (*in personam*), ed è venuta più tardi, e che quantunque tenda ad uno scopo somigliante, pure essenzialmente ne differisce.

Come azioni redatte in *factum*: l'azione *Serviana* data al locatore d'un fondo rustico per esercitare contro ogni terzo detentore il suo diritto di pegno sulle cose espressamente obbligate dal fittajuolo per sicurezza del pagamento degli estagli; e l'azione *quasi-Serviana* o *hypothecaria* per l'esercizio di ogni altro diritto di pegno o d'ipoteca.

Tra le azioni pretorie *in personam* si può citar: l'azione *de pecunia constituta*, nella quale Giustiniano ha fusa l' antica azion civile receptitia; le azioni *de peculio*, *de jurejurando*; le azioni penali contro l'alterazione dell'albo (*de albo corrupto*), contro la *vocatio in ius* di un ascendente o di un *patronus* senza la precedente licenza, contro le violenze o altri ostacoli messi all'esercizio d'una *vocatio in ius*, ed altre in gran numero.

TERZA DIVISIONE.

Azioni persecutorie della cosa; azioni persecutorie d'una pena o penali; azioni persecutorie delle cose insieme e di una pena, ovvero miste.

Questa divisione delle azioni è dedotta dallo scopo verso il quale l'azione è diretta o meglio dalla natura del profitto che l'attore ne dee ritrarre. La pena di che in questo luogo si tratta non è una pena pubblica richiesta, ed inflitta a nome della società. Queste azioni penali sono delle semplici azioni di diritto privato ma che contengono a titolo di pena privata ed a profitto dell' attore una condanna pecuniaria oltre a ciò che gli è dovuto come restituzione o come riparazione del danno da lui sofferto.

Tra le azioni persecutorie della cosa (*rei persequendae causa*) son tutte le azioni *in rem*, e quasi tutte quelle che derivano da'contratti. Nel caso di deposito necessario però l'azione non ha sempre questo carattere.

Son persecutorie d' una pena (*pecuniae persequendae causa*) parecchie delle azioni che nascono da' delitti, come l' azione di furto manifesto o non manifesto.

In fine son miste (*tam poenae quam rei persequendae causa*) alcune altre azioni che nascono, da'delitti: come l'azione *vi bonorum raptorum* e quella *ex lege Aquilia*. L'azione di deposito necessario quando è diretta contro la persona medesima che ha ricevuto il deposito, o contro il suo erede personalmente colpevole di dolo è parimenti mista, perchè si da pel doppio. Il medesimo si dee dire dell'azione contro coloro che aspettano di esser chiamati innanzi al giudice per rilasciare alle sacrosante chiese, o ad altri luoghi venerabili le cose a questi lasciate in legato o fedecommesso; perciocchè anche questa si dà pel doppio.

QUARTA DIVISIONE

Azioni al semplice, al doppio, al triplo o al quadruplo.

Le azioni in questa quarta divisione son riguardate sotto un rapporto aritmetico tra l'ammontare della condanna, ed un termine d'interesse che serve di unità, e che in certi casi si dee raddoppiare, triplicare, o quadruplicare. Questo termine di unità, in fondo, è il valore reale della cosa, cioè il vero interesse al quale l'attore ha diritto. Sotto il sistema formolario probabilmente esso dovea prendersi tal quale era formolato nell'*intentio* ed il rapporto si stabiliva tra l'*intentio* e la *condemnatio*.

Sono al semplice p. e. le azioni derivanti dalla stipulazione, dal mutuo, dalla vendita, dalla locazione, dal mandato, ed altre ancora.

Sono al doppio immediatamente e per se medesime le azioni *furti nec manifesti*, e *servi corrupti*; sono al doppio, ma solamente in caso di negazione l'azione *ex lege Aquilia*, quella del deposito necessario, ed anche in caso di semplice ritardo nel rilascio l'azione *ex legato quod venerabilibus locis relictum est*.

E al triplo la *condictio ex lege* data da Giustiniano contro coloro che nel *libellus conventionis* specie di atto di assegnazione hanno esagerata la loro dimanda.

Sono al quadruplo le azioni *furti manifesti, quod metus causa*, quella relativa alle somme pagate per suscitare una lite cavillosa o ricevute per abbandonare una lite di tal fatta; e la *condictio ex lege* data da Giustiniano contro gli *executores litium* (sorta di uscieri) che avessero esatto dai rei più che non era dovuto.

QUINTA DIVISIONE.

Azioni di buona fede, azioni di stretto diritto, azioni arbitrarie.

Questa divisione si è dedotta sotto il sistema formolario dalla natura e dall'estensione de' poteri conferiti al giudice dalla formola.

L'azione di stretto diritto (*stricti iuris*) è quella nella quale la formola propone al giudice una quistione di diritto civile nella quale egli è strettamente limitato senza poter prendere in considerazione alcuna circostanza qualunque siasi di equità o di buona fede fuori de' principii di questo diritto.

L'azione di buona fede (*bonae fidei*) sotto questo sistema è quella nella quale il giudice mediante queste espressioni *ex bona fide* o altre equivalenti è incaricato dalla formola di condannare o di assolvere secondo la buona fede. In conseguenza: 1.° ogni fatto di dolo commesso da una parte o dall'altra vi debb'esser preso in considerazione dal giudice, dal che segue che ogni eccezione dedotta da un principio di buona fede vi è inerente e come sottintesa; 2.° tutto ciò che è di uso comune ne'costumi o nella pratica vi debbe esser supplito di ufficio dal giudice; 3.° il giudice vi dee far la compensazione di ciò che le parti scambievolmente si debbono l'una all'altra per conseguenza del medesimo affare (*ex eadem causa*); 4.° i frutti delle cose dovute, o gl'interessi, se si tratta di somma di danaro, son messi a carico del debitore dal momento che è posto in mora.

Finalmente l'azione arbitraria (*actio o formula arbitraria*) è quella nella quale il giudice mediante queste espressioni *nisi restituat*, o altre somiglianti riceve dalla formola la facoltà di emanar prima della sentenza un ordine preliminare (*iussus, arbitrium*), pel quale estimando *ex aequo et bono* la restituzione, o più generalmente la sodisfazione dovuta all'attore, ordina al convenuto di fare questa tale restituzione o di dar questa tale satisfazione; di maniera che se il reo obbedisce, e quest'ordine sia da lui eseguito o di buon grado, o per forza (*manu militari*), egli è assoluto, se no, è condannato ad una somma determinata dalla valutazione del giudice, o più frequentemente dal giuramento dell'attore.

Sotto Giustiniano ciò che dipende dalla

redazione della formola non esiste più; ma i principii rimangono i medesimi.

Per regola generale le azioni civili sono di stretto diritto.

Le azioni di buona fede sono l'eccezione: e però per indicarle si procede per via di enumerazione. Giustiniano cita come tali alla sua epoca: Le azioni di tre contratti reali, *commodati*, *depositi*, *pignoratitia*; quelle di quattro contratti consensuali *ex empto-vendito*, *locato-conducto*, *pro socio*, *mandati*, quelle di quattro quasi-contratti, de'quali due somiglianti al mandato *negotiorum gestorum*, *tutelae*, e due somiglianti alla società *familiae erciscundae*, *communi dividundo*; L'azione *praescriptis verbis* provegnente dalla permuta (*ex permutatione*), e dal contratto estimatorio (*de aestimato*), il che noi crediamo doversi render generale ed estendere a tutti i casi dell'azione *praescriptis verbis*; Tra le azioni reali l'*hereditatis petitio* che Giustiniano per risolvere i dubbî elevati a questo proposito decide dover esser collocata tra le azioni di buona fede. Da ultimo l'azione *ex stipulatu* per restituzione della dote, nella quale Giustiniano fonde l'antica azione *rei uxoriae* da lui soppressa, ed alla quale contrariamente a'principii ordinati della stipulazione attribuisce il carattere di azione di buona fede che l'azione *rei uxoriae* per l'innanzi avea.

La formola arbitraria forma un genere a parte specialmente proprio alle azioni *in rem*. Essa era indispensabile sotto il sistema formolario per evitare gl'inconvenienti del principio che ogni condanna era pecuniaria. Mediante l'ordine preliminare di restituzione eseguito se faceva mestieri *manu militari* l'attore ricuperava la sua cosa medesima quando ciò era possibile. In conseguenza sono arbitrarie tutte le azioni reali tanto civili, come la *rei vindicatio*, le azioni *confessoria* e *negatoria*, quanto pretorie, come le azioni *Publiciana*, *Serviana*, *quasi-Serviana*. Inoltre tra le azioni personali civili quella *ad exhibendum*, e *finium regundorum*, tra le azioni personali pretorie quelle *quod metus causa*, e *de dolo malo*, perchè queste quattro azioni hanno un carattere restitutorio o esibitorio; di più l'azione *de eo quod certo loco*, la quale offre una particolarità tutta speciale. È quistione se le azioni *noxali* divenivan tutte arbitrarie pel solo fatto che prendevano la qualità d'esser *noxali*.

SESTA DIVISIONE

Azioni dirette ed azioni indirette.

L'azione *diretta* è quella che si dà contro una persona per le obbligazioni che provengono dal suo proprio fatto o dal fatto di coloro a'quali ella succede.

L'azione *indiretta* è quella che si da contro una persona a cagione dei fatti di un' altra: principalmente de' suoi schiavi o de'suoi figliuoli di famiglia. Essa può applicarsi alle obbligazioni nate da'contratti o quasi contratti, da' delitti o quasi-delitti.

Per le obbligazioni risultanti da contratti o quasi contratti il principio del diritto civile è che il capo di famiglia non è obbligato pel fatto de'suoi schiavi o dei suoi figliuoli di famiglia. Ma il diritto pretorio ha introdotto le diverse azioni indirette: *quod jussu*, *institoria*, *exercitoria*, *tributoria*, *de peculio et de in rem verso*.

Della maggior parte di queste azioni, segnatamente di quelle che son dette *institoria*, *exercitoria*, *de peculio et de in rem verso* si può dire esser non tanto azioni propriamente dette, quanto qualificazioni, o attributi delle diverse azioni nascenti da' contratti o da'quasi contratti. Così l'azione di vendita, di compra, di locazione, di società sarà secondo i casi *institoria*, *exercitoria de peculio et de in rem verso*, quando questi contratti emaneranno da un *institor*, da uno schiavo, o da un figliuol di famiglia.

Per le obbligazioni risultanti da'delitti, o quasi delitti delle persone *alieni juris* lo stesso diritto civile ha creato il principio delle azioni che si danno contro il capo di famiglia, e che si addimandano *noxali*.

SETTIMA DIVISIONE

Azioni noxali; azione de pauperie.

Un'azione è detta noxale quando a colui contro il quale è diretta la facoltà di liberarsi dall'obbligazione risultante da un delitto o quasi-delitto, o da un danno arrecato, facendo l'abbandono della persona che l' ha commesso, o dell' animale che l'ha cagionato.

Le azioni noxali derivano non già dal diritto pretorio, ma dal diritto civile; esse

son fondate sopra questa considerazione, che il capo di famiglia debb'esser obbligato almeno fino alla concorrenza del suo diritto di proprietà sull' individuo autore del delitto, o sull'animale che fu la causa del danno.

La condanna vi è modifidata da queste parole: « AUT NOXAE DEDERE » che lasciano al reo l'alternativa di pagare, o di liberarsi, se preferisce questa via, facendo l'abbandono noxale. Forse anche l'*intentio* della formola era modificata da tale aggiunta NEQUE NOXAE DEDAT; il che avrebbe renduta arbitraria ogni azione noxale, almeno in questo senso che la formola avrebbe dato al giudice la facoltà di assolvere il reo, se avesse fatto l'abbandono prima della sentenza.

Principalmente per le azioni noxali è vero il dire che questo epiteto di *noxales* dinota unicamente una qualità, un attributo di cui possono esser rivestite le diverse azioni nate da' delitti e quasi-delitti: così le azioni *furti*, *vi bonorum raptorum*, *iniuriae ex lege Aquilia*, ed altre somiglianti divengono *noxales* quando son date contro il capo di famiglia pel fatto del suo figliuolo o del suo schiavo.

L'azione *de pauperie*, che viene dalle XII. Tavole, e che si da contro il proprietario di un animale per riparazione del danno cagionato da esso animale è un' azione particolare che ha la sua propria esistenza, e che inoltre ha la qualità d' esser noxale.

OTTAVA DIVISIONE:

Azioni perpetue ed azioni temporali.

Le azioni quì son considerate sotto il rapporto della loro durata. Non si tratta già della durata dell' istanza dopochè l' azione è stata intentata, ma della durata del diritto medesimo d'intentar l'azione a cominciare dal momento che questo diritto è nato. Le azioni così considerate, sono o perpetue o temporali.

Prima del tempo del basso-impero l'espressione perpetua era presa nel senso letterale, e dinotava una durata indefinita. In generale e salvo alcune rare eccezioni, erano perpetue le azioni civili cioè fondate sopra una legge, sopra un senatoconsulto, sopra una costituzione, o qualsivoglia altro fonte di diritto civile. Erano temporali con una durata limitata comunemente ad un anno la più parte delle azioni pretorie cioè fondate soltanto sull' editto del pretore. Intanto anche il pretore avea creato delle azioni perpetue; la regola da lui seguita in tal materia pare essere stata questa: egli avea limitata ad un anno la durata delle azioni penali di sua propria invenzione, o delle azioni persecutorie della cosa, ma contrarie al diritto civile, come le azioni rescissorie, ma avea reso perpetue quelle azioni penali come l' azione *furti manifesti* e generalmente quelle azioni persecutorie della cosa, che eran date piuttosto per imitazione, per raddolcimento, e per supplemento, che per contraddizione al diritto civile.

Per vigore di alcune costituzioni del Basso-impero ogni azione o reale o personale si estingue per trent' anni di non esercizio; il termine più lungo è quello di quarant' anni per un piccolo numero di casi eccezionali. Così sotto Giustiniano non vi son più azioni veramente perpetue, ma quest'epiteto è conservato per dinotare le azioni trentennali (le quali un tempo erano perpetue) per opposizione a quelle la cui durata trovasi limitata ad un tempo minore.

NONA DIVISIONE:

Azioni trasmisibili o non trasmisibili a favore o contro degli eredi.

L'erede continuando la persona giuridica del defunto, raccoglie in generale tutte le azioni di lui, tanto quelle che il defunto avea, quanto quelle che contro il medesimo competevano.

Non pertanto vi ha un' azione per certi casi ne'quali il diritto del defunto, o la sua obbligazione aveano un carattere tutto individuale, ed erano in certo modo legate alla sua medesima persona fisica.

Così per le azioni che competevano al defunto quelle che son dirette a proteggere de' diritti totalmente personali, come l'usufrutto, l'uso, l'abitazione non passano agli eredi non altrimenti che l' azione d'ingiurie, l'azione d'inofficioso testamento, ed in generale quelle che son l'esercizio d'un risentimento personale.

In quanto alle azioni che si aveano contro il defunto, siccome la criminalità è esclusivamente personale all' autore del delitto, così le azioni penali risultanti dai fatti del defunto, non si danno in quanto alla persecuzione della pena anche privata, contro gli eredi: essa non compete contro costoro se non in quanto il delitto

el defunto gli abbia arricchiti, e fino alla oncorrenza del profitto che ne han riatto.

Ma se la *litis contestatio* ha avuto luogo ivendo il defundo, ogni azione o sia a favore o sia contro di lui è per questo solo atto divenuta un diritto acquistato che ossa a favore o contro degli eredi.

Sentenza.—Condanna.

La sentenza contiene o condanna, o asoluzione del convenuto. In certi casi, uelli cioè delle tre azioni *familiae ercicundae, communi dividundo, finium regunorum* essa contiene o può contenere anhe un'aggiudicazione; e la condanna ha uesto di particolare che può esser prounziata sì contro l'una, che contro l'alra delle parti. Da ultimo nelle azioni preiudiziali la sentenza non contiene nè conlanna nè assoluzione, ma solamente ricoroscimento dell'esistenza o della non esistanza di un diritto o di un fatto.

La condanna sotto il sistema delle azioi della legge poteva colpire direttamene la cosa medesima che era l'oggetto della lite. Sotto il sistema fomolario essa dorea esser sempre pecuniaria. Nella proedura straordinaria e segnatamente sotto Giustiniano si ritorna a ciò che praticavasi sotto le azioni della legge: la condanna può colpir direttamente la stessa cosa ligiosa e però essa può essere o di una deerminata somma di danaro (*certae pecuniae*), o di una cosa (*rei*).

Domanda esagerata ed altri errori nella domanda.

Era una conseguenza necessaria de' principî della procedura formolaria che l'esagerazione nella domanda, in altri termini la *pluris-petitio* dovea portare all'assoluzione del reo, e quindi alla decadenza er l'attore sia *ipso jure*, sia *exceptionis pe* da ogni ulteriore esercizio della mesima azione: *causa cadebat* secondo l'essressione allora adoperata.

Non è più lo stesso sotto Giustiniano. Gli effetti della *pluris-petitio* son meno pericolosi per l'attore.

Si può domandare più che non è dovuo per quattro rispetti: per rispetto alla cosa domandata, al tempo, al luogo, o in ino al modo dell'obbligazione, p. e. quando essa è alternativa e si domandi un solo legli oggetti che abbraccia, quando è di genere (*generis*), e si domandi un oggeto determinato (*speciem*). I Romani esprimono queste quattro sorte di *plus-petitio* con queste quattro parole: *re, tempore, loco, causa*.

Per una costituzione dell' Imperadore Zenone l' attore che istituisce un giudizio prima del tempo (*qui tempore plus petit*) dee patire un differimento doppio del termine primitivo, senza poter richiedere gli interessi decorsi nell'intervallo, e con obbligazione, se vuol rinnovare la sua azione, di rimborsare al convenuto tutte le spese cagionategli dalla prima istanza.

Per le leggi di Giustiniano ogni altra domanda esagerata si reprime coll'obbligazione imposta all'attore di pagare al convenuto il triplo de' danni che questi ha patito per l'esagerazione della domanda, e segnatamente il triplo dell'eccesso del salario che sarà stato obbligato di dare agli *executori* o uscieri.

Gli altri errori nella domanda, come la domanda in meno, o la domanda di una cosa per un'altra non fanno correre alcun pericolo all' attore, in questo senso che possono esser corretti nella medesima istanza.

Cagioni che possono diminuire l' ammontare della condanna — Compensazione.

La condanna può non estendersi a tutta la cosa dovuta per diverse ragioni:

Da prima per effetto della compensazione la quale è definita da Modestino: « *Debiti et crediti inter se contributio* », e di cui Pomponio esprime in questi termini l' utilità ed il fondamento di ragione: « *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere* ».

Sotto il sistema formolario si debbono ben distinguere tre diversi gradi di compensazione.

1.° La compensazione nelle azioni di buona fede che ha luogo senza intervento del magistrato, e senza alcuna special concessione per le obbligazioni che precedono dalla medesima causa (*ex eadem causa*), anche di oggetti differenti (*ex dispari specie*), ed il cui effetto è di dare al giudice la facoltà di non condannare il reo che al solo pagamento del resto;

2.° La compensazione nelle azioni dell'*argentarius* o banchiere che fa commercio di danaro, la quale debb'esser fatta dal medesimo *argentarius* ed ha luogo per obbligazioni procedenti da cause diverse (*ex dispari causa*), ma per oggetti della medesima natura e fungibili (*ex pari spe-*

cie), ed il cui effetto è di far decadere per cagione di *plus-petitio* l' *argentarius* che abbia trascurato di farla egli medesimo nella sua domanda;

3.° La compensazione nelle azioni di stretto diritto intentate da qualunque persona, la quale si oppone mediante un'eccezione di dolo; ed ha luogo egualmente per obbligazioni procedenti da cause diverse, ma per oggetti della medesima natura, e fungibili (*ex pari specie ex dispari causa*), ed il cui effetto è di far decadere dopo la prova dell'eccezione di dolo l'attore che egli medesimo non l'abbia fatta, o non l'abbia proposta con una *praescriptio*, o che abbia ricusato prima della *litis contestatio* di avervi riguardo.

Del rimanente le une e le altre quando sono ammesse operano *ipso iure* in questo senso che hanno un effetto retroattivo che si riporta pel computo del resto al medesimo istante della coesistenza de' due crediti scambievoli.

Giustiniano toglie via la necessità dell'eccezione di dolo, e per conseguente rende generale e comune a tutti ciò che anticamente avea luogo pel solo *argentarius*. Ma dando questa estensione alla compensazione che un tempo avea luogo *ex dispari causa et pari specie*, egli richiede inoltre che ciascuno de' crediti sia certo (*jure aperto*), e liquido (*cum causa liquida*). Egli vuole eziandio per un riguardo per la fede dovuta al deposito, che la compensazione non possa aver luogo nell'azione *depositi*. D'altra parte per conseguenza dell' abrogazione delle formole e delle regole sulla decadenza, il giudice, in difetto dell'attore, fa egli medesimo la compensazione, e diminuisce d'altrettanto la condanna.

Condanna *in id quod facere potest*, o secondo l'espressione de' commentatori, Beneficio di competenza.

In certi casi si dà al debitore il benefizio di non poter esser condannato che fino alla concorrenza di ciò che le sue facoltà comportano (*in id quod facere potest*); il che per interpetrazione della giurisprudenza porta l'idea che gli si debba lasciar tanto che non resti interamente spogliato (*ne egeat*).

Nel sistema della procedura formolaria il debitore facea valer questo vantaggio sotto la forma di una restrizione messa alla condanna *dumtaxat in id quod facere potest* CONDEMNA. In conseguenza i Romani gli davano il titolo di eccezione *quod facere potest*. I comentatori lo indicano col nome barbaro di *Beneficio di competenza*.

Questo beneficio appartiene agli ascendenti chiamati in giudizio da' loro discendenti, ai fratelli tra loro, al padrone o alla padrona, a' loro figliuoli e discendenti convenuti da un liberto; ai parenti tra loro; ai socii che intentano l'un contro l'altro l'azione *pro socio*; al donante convenuto dal donatario per l' adempimento della sua donazione; ed in questo caso vi ha ciò di particolare che il patrimonio si valuta fatta deduzione de' debiti del donante verso altri creditori, acciocchè il donatario non profitti della liberalità se non dopo pagati i debiti (*et quidem is solus deducto aere alieno*); a colui che fa cessione de' beni, e ad alcuni altri ancora.

TITULUS XIII.

DE EXCEPTIONIBUS

Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatae autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur. Saepe enim accidit ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur justa sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur.

TITOLO XIII.

DELLE ECCEZIONI

Ora rimane a ragionare delle eccezioni, le quali son ritrovate per aiutar coloro contro i quali s'intenta un'azione. Imperocchè spesse volte avviene che quantunque la domanda fatta in giudizio dall'attore sia giusta, nondimeno, rispetto a colui contro al quale è fatta, sia ingiusta.

Noi abbiamo già indicato qui sop. pag. 305 e seg. quale è stata appresso i Romani l'origine e la natura delle eccezioni. Esse erano una conseguenza naturale della procedura per formole, e della divisione delle funzioni giudiziarie tra il magistrato che diceva il diritto, ed il giudice che giudicava l' affare. Il loro vero carattere in tutta la sua integrità non si può altrove trovare o ben comprendere che in questo sistema. Al tempo di Giustiniano questo carattere è già snaturato, perchè la procedura per formole non è più in uso. A noi adunque per ispiegar bene le eccezioni converrà che ci riportiamo continuamente al sistema delle formole.

Il magistrato incaricato di dire il diritto, o, secondo l' espressione consacrata, incaricato della giurisdizione, comune-

nente il pretore, quando gli si domanda 'azione e quindi la formola che dee regolarla con rinvio innanzi al giudice, può negare o concedere siffatta azione. Egli lee negarla se secondo le regole del diritto i fatti allegati anche ritenendoli per vei non costituiscono un'obbligazione, non generano un'azione, ovvero se l'azione ha cessato di esistere ed è estinta in diritto. La quistione di sapere se vi ha azione o no quantunque legata a' fatti, è essenzialmente una quistione di diritto; al solo magistrato spetta di risolverla. Se egli non da azione, tutto è finito: non vi ha luogo nè difesa nè ad eccezione alcuna; ne vi ha rinvio innanzi al giudice.

Per contrario se egli da l'azione, allora egli compone, adatta la formola alle parti, e rinvia innanzi al giudice; questo è il caso in cui l'eccezioni possono esser necessarie. In fatti noi sappiamo che il giudice è tenuto a limitarsi nella sfera più o meno ristretta che la formola gli ha tracciata. Noi sappiamo che la pretensione dell'attore, la quale è il fondamento dell'azione, si trova reassunta in quella parte della formola che addimandasi *intentio*, e che il giudice è incaricato di verificare se quest' *intentio* è fondata, e di condannare o assolvere secondo che è fondata o no. Se il convenuto non pretende difendersi altrimenti che contradicendo l'*intentio*, dicendo che non sia fondata, p. e. nell'azione personale: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE, negando ch'egli debba diecimila sesterzi ad Aulo Agerio; ovvero nell'azione reale: SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE, negando che lo schiavo appartenga ad Aulo Agerio, non vi è nulla di particolare da aggiungere alla formola; questa contestazione avrà luogo di diritto innanzi al giudice, perciocchè egli è incaricato di verificare se l'*intentio* è fondata o no, e di pronunziare secondo il risultato di questa tale verifica.

Ma può avvenire che il pretore abbia dovuto dar l'azione perchè essa esisteva secondo il diritto civile; che l'*intentio* sia fondata per lo stretto diritto; che la condanna ne dovrebbe seguire per conseguenza, ma che intanto a cagione di qualche circostanza particolare allegata dal convenuto questa condanna, se avesse luogo, sarebbe ingiusta, contraria all'equità: p. e. se il convenuto pretende che la sua promessa, o l'atto di alienazione sia stato sorpreso per dolo, e estorto per violenza; ovvero sia contrario a qualche regola stabilita o dal pretore o dalla giurisprudenza, come sarebbe quando vi è già cosa giudicata in un caso in cui il diritto primitivo non è estinto *ipso jure* per la sentenza.

Se fosse entrato nelle facoltà del giudice il ricevere cosiffatte allegazioni, valutarle, e prenderle in considerazione, non vi sarebbe stata necessità che il pretore aggiungesse nella formola qualche cosa particolare a questo riguardo; ma la cosa non andava a questo modo. Nella maggior parte delle azioni la formola, se nulla vi era aggiunto di tal fatta, non conferiva al giudice altro incarico che di verificare l'*intentio*; e di condannare, se trovavasi fondata in diritto, senza potere aver riguardo ad alcun' altra allegazione di equità. Quindi il convenuto, per fare attribuire al giudice sufficienti poteri, nel tempo della discussione innanzi al pretore relativamente all'azione ed alla formola presentava a questo medesimo magistrato la sua allegazione, affinchè egli la inserisse nella formola, e di maniera da obbligare il giudice ad esaminarla e prenderla in considerazione. Apparteneva al pretore il decidere se v'era luogo o no di concedere al convenuto questo mezzo di difesa; e s'egli giudicava che v'era luogo, lo metteva nella formola sotto la forma di eccezione, cioè eccettuando sia dalla pretensione enunciata nell'*intentio*, sia dalla condanna da pronunziarsi il caso in cui vi fosse stato, per esempio, dolo, violenza, o qualche altro fatto allegato dal convenuto. Così l'eccezione era veramente ed in tutta la proprietà etimologica del termine un'eccezione, una restrizione messa dal pretore o all'*intentio*, o alla *condemnatio* (1). Noi abbiamo già spiegato (qui sop. p. 306) in che modo essa cadeva quando sull'una, quando sull'altra di queste parti della formola.

Tutte le eccezioni, dice Gaio, son concepute in forma negativa, perchè il convenuto afferma il fatto che serve di fondamento all'eccezione, e la condanna non dee aver luogo se non quando questo fatto *non sia vero*. « *Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur; quia adfirmat is cum quo agitur* » (2). Per la ragione inver-

(1) « *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio... ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est* » (*D. 44, l. 2, pr. f. Ulp.*

(2) *Gai. 4, 119.*

sa l'*intentio* è sempre conceputa in forma affermativa, perchè l'attore afferma il fatto sul quale si fonda, e la condanna non dee aver luogo se non quando questo fatto *sia vero*. Così affermando l'attore Aulo Agerio che il convenuto Numerio Negidio gli debba per istipulazione dieci mila sesterzii, e opponendogli costui che vi sia stato dolo nell'affare, l'*intentio* si dovrà concepire affermativamente a questo modo: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE; e di poi l'eccezione negativamente: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT, CONDEMNA, etc.

Da ciò si vede, come dice il medesimo Gaio, che ogni eccezione è messa nella formola per l'allegazione del convenuto, per render condizionale la condanna: «*Omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem*» (1), in questo senso che la condanna non dee altrimenti aver luogo se non quando il fatto sul quale è fondata l'eccezione non sia provato.

Stabilita così la formola, vediamo qual'è l'ufficio del giudice. Egli non dee condannare se non quando, prima di tutto, i fatti sui quali poggia l'*intentio* sieno verificati. L'attore afferma questi fatti, ed a lui appartiene in prima di fornirne la pruova; perciocchè la circostanza che il convenuto abbia fatto metter nella formola un'eccezione non è un acquiescenza all'*intentio* « *Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius cum quo agitur, quia exceptione utitur* (2). Se l'attore non prova la sua *intentio*, il convenuto non ha bisogno d'alcun altra difesa; la condanna non avrà luogo (3). Ma se l'*intentio* è provata, allora si viene a discutere l'eccezione (4). Il giudice non dee condannare se non quando i fatti a'quali si appoggia l'*exceptio* non sieno giustificati; il convenuto afferma questi fatti; a lui quindi si aspetta di provarli: « *Qui excipit probare debet quod excipitur* » dice Celso (5). Ed Ulpiano enuncia il medesimo principio sotto un altra forma più elegante: « *Reus in exceptione actor est* » (6), il convenuto nella sua eccezione diviene attore.

In somma noi vediamo che il magistrato che dice il diritto (*jurisdictionem habens*) come adatta l'azione dell'attore, così ugualmente adatta l'eccezione al convenuto; che il giudice come è incaricato dalla formola di verificare se l'azione dell'attore è fondata o no, così è ugualmente incaricato di verificare se l'eccezione del convenuto è fondata o no.

Sicchè il magistrato decide se vi ha luogo, in diritto, a dare o a negare l'azione o l'eccezione, senza nulla pregiudicare in quanto al merito; il giudice verifica se sono giustificate o no. Il primo regola l'affare in diritto, il secondo giudica.

Noi vediamo eziandio che la necessità di metter nella formola sotto forma d'eccezione alla pretensione enunciata nell'*intentio* certi fatti allegati dal convenuto viene dal perchè senza di questo il giudice non avrebbe il diritto di esaminarli e prenderli in considerazione. Per conseguente se la natura dell'azione sia tale che per se medesima debba dare al giudice sufficiente facoltà di prendere in considerazione taluni fatti, è inutile di metter questi fatti come eccezione nella formola. E questo ha luogo ne'casi delle azioni di buona fede, come qui sopra abbiamo spiegato. Siccome per la formola di siffatte azioni il giudice è specialmente incaricato di esaminare se l'*intentio* è fondata *ex bona fide*, vale a dire non già secondo lo stretto diritto, ma secondo la buona fede, così per questo appunto egli ha l'incarico di prendere in considerazione i fatti che renderebbero la pretensione dell'attore contraria all'equità. E però l'eccezioni di dolo, di violenza, ed altre fondate sulla buona fede, in questo caso son superflue, e son sempre sottintese nelle azioni di buona fede. « *Doli exceptio inest de dote actioni, ut in caeteris bonae fidei judiciis* » dice Ulpiano (7). Parimenti Giuliano parlando dell'azione di vendita dice: « *Quia hoc judicium fidei bonae est, continet in se doli mali exceptionem* » (8).

Da ultimo in quali casi un fatto allegato dal convenuto dovea far negare totalmente l'azione? in quali casi far inserire soltanto un'eccezione nella formola? Questo dipendeva da' principii del diritto romano sul modo come i diritti reali, e le obbligazioni nascevano o si estinguevano, i quali principii noi di già abbiamo espo-

(1) Ivi—Nondimeno noi sappiamo che ci ha alcune eccezioni, le quali non fanno altro che restringere l'ammontare della condanna (p. 307).
(2) *D. 44, 1. 9, f. Marcell.*
(3) *C. 8, 56, 9, const. Diocl. et Maxim.*
(4) *Ivi.*
(5) *D. 22, 3, 9.*
(6) *Ivi 44, 1, 1.*— Da ciò è venuto l'adagio volgare: *Reus excipiendo fit actor.*
(7) *D. 24, 3, 21. in fin.*
(8) *30, 1, 84, § 5.* Ved. qui sopra p. 322.

sti qui sopra. Questo procedeva soprattutto da ciò, che per diritto stretto certi fatti eran considerati come insufficienti ad estinguere l'obbligazione, e quindi l'azione, mentrechè il pretore per correggere questo rigore del diritto civile, voleva che quantunque egli desse l'azione, non vi fosse luogo a condanna, se questi tali fatti fosser giustificati. Così se l' attore chieda l'azione per un caso di stipulazione inutile, il pretore, se il fatto di nullità è manifesto e riconosciuto, negherà totalmente l'azione, perchè in questo caso non vi ha secondo il diritto nè obbligazione, nè per conseguenza azione; ed occorrendo, il giudice assolverà. Ma se al contrario la chieda per una stipulazione infetta di dolo, essa ciò non ostante esiste secondo il diritto, e quindi il pretore darà l'azione mettendovi però l'eccezione di dolo. Parimenti se l'attore richieda l'azione per una stipulazione riguardo alla quale vi è stata accettilazione, il pretore, se il fatto dell'accettilazione è manifesto, negherà l'azione, perchè secondo il diritto civile l'accettilazione l' ha compiutamente estinta; ed il giudice, occorrendo, assolverà; ma al contrario se vi è stato semplicemente un patto, pel quale il creditore senza solennità abbia fatta remissione del debito; siccome in diritto l'azione di stipulazione non è estinta per questo, il pretore la darà ma vi aggiungerà l'eccezione del patto.

Un'altra circostanza poteva render necessario di adoperare il mezzo dell' eccezione anche in certi casi in cui il fatto allegato fosse stato di tal natura da poter far negare l'azione: ed era quando vi era dubbio e contestazione su questo fatto medesimo; il pretore per non prendersi egli la briga di esaminarne le pruove; di udirne la discussione, e di giudicare intorno alla sua esistenza o non esistenza, dava l'azione, ma vi aggiungeva sotto forma di eccezione il fatto contrastato, la cui verificazione era per tal modo rinviata al giudice. Noi ne vedremo un esempio ad occasione del giuramento nel § 4 di questo titolo, e ne vedremo eziandio un'altro ad occasione del beneficio di divisione tra più fidejussori, di cui uno o alcuni sieno insolvibili, la qual circostanza fa negar l'azione, o conceder semplicemente un' eccezione, secondo che l' insolvibilità è riconosciuta, o contrastata (1); e similmente nel caso del senatoconsulto Macedoniano (2) (qui sop. p. 582).

Ora ci rimane a percorrere i diversi esempii di eccezioni che ci son dati dal testo.

1. *Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus,* aut errore lapsus, *stipulanti Titio promisisti quod non debueras promittere, palam est iure civili te obligatum esse: et actio qua intenditur dare te oportere, efficax est; sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi* exceptio metus causa, aut doli mali, aut in factum composita *ad impugnandam actionem.*

1. Per esempio se tu costretto da paura, o indotto da dolo, o *caduto in errore* promettesti per istipulazione a Tizio quel che tu non dovevi promettere, è cosa chiara che tu sei obbligato per diritto civile, e l'azione con la quale si sostiene che tu debba dare è efficace, nondimeno è cosa ingiusta che sii condannato. E però ti si da l'eccezione *di timore, di dolo, o di fatto,* con la quale puoi opporti all'azione.

Aut errore lapsus. Non si tratta di un errore sull'oggetto medesimo della stipulazione, quando uno ha creduto stipulare la tal cosa, e un altro promettere la tal'altra; perciochè l' errore di tal fatta come abbiamo veduto avanti (libro III. tit. 19. § 23.) porterebbe la nullità della stipulazione medesima, e per conseguente non vi sarebbe azione. Si tratta di ogni errore grave che abbia per avventura determinato il mio consentimento, e che senza render nulla in diritto civile la mia obbligazione la renderebbe contraria all'equità. I giureconsulti romani fan rientrare questo caso in quello del dolo, perchè vi è dolo da parte dell'avversario nell'aver indotta il promettente in errore, o nel voler profittare del suo errore (3).

Exceptio metus causa, aut doli mali. L'*exceptio metus causa*, era formata a questo modo: SI IN EA RE NIHIL METUS CAUSA FACTUM EST (4). Noi abbiam veduto (qui sopra pag. 406) come era formata quella di dolo: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT. La differenza tra queste due redazioni c'indica per se stessa una gran differenza tra le due eccezioni. L'eccezione *metus causa* è generale, e comprende tutti i casi di violenza, qualunque sia l'autore della medesima. Il che è espresso da Ulpiano dicendo che è *in*

(1) *V. qui sop. p. 137. Inst. 3, 20,* § *4.* — *D. 46, 1, 28, f. Paul.* a proposito dell'eccezione: *Si non et illi solvendo sint* ».

(2) *D. 14, 6, 1.* § *1, f. Ulp.*—*7,* § *4,* fino ad *8, f. Ulp.*

(3) *D. 44, 4, 4* § *3, f. Ulp.* — *17, pr. f. Scaev.*

(4) *Ivi 4, f. Ulp. 33.*

rem scripta, scritta generalmente contro la cosa, cioè contro la violenza medesima, qualunque ne sia l'autore (1). L'eccezione *doli mali* al contrario, secondo le espressioni di Ulpiano, non abbraccia che la persona la quale ha commesso il dolo, « *personam complectitur ejus qui dolo fecit* » vale a dire che non può essere opposta se non all'autore medesimo del dolo. Se il dolo non viene da lui, egli non ha nulla a temere dell'eccezione (2). La gravezza del vizio risultante dalla violenza che è un'atto commesso con la forza brutale ed il più delle volte da persone sconosciute o travestite ha fatto ammettere questa differenza.

Del rimanente l'eccezione di violenza non è una specialità dell'azione di dolo. Quella di dolo è generale tanto pel dolo propriamente detto, quanto per la violenza, ed anche pel caso di errore, come più sopra abbiam detto; perciocchè la parola dolo si estende a tutto ciò che è contrario alla buona fede. Adunque nel caso di violenza si potrebbe opporre l'eccezione di dolo; anzi Cassio al dire di Ulpiano non proponeva che quest'ultima eccezione. Ma l'eccezione speciale di violenza allora ha la sua utilità, quando la violenza non sia stata commessa dall'avversario medesimo; perciocchè in questo caso quella di dolo sarebbe inapplicabile (3).

Finalmente noi vediamo dalle stesse parole dell'eccezione di dolo, *si nihil dolo malo* FACTUM SIT, NEQUE FIAT, che essa non si applica soltanto al dolo commesso dall'avversario nel momento del contratto o dell'alienazione; ma abbraccia ogni specie di dolo passato o presente che fosse stato, o fosse per esser commesso dall'avversario. Così se il fatto medesimo di chiedere l'oggetto litigioso fosse un atto di mala fede contrario all'equità, l'eccezione di dolo sarebbe applicabile. « *Nam etsi inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose* » (4). Noi ne abbiam veduto un esempio (Lib. 2 tit. 1. § 30) nel caso del proprietario che rivendicando il suo fondo dalle mani del possessore di buona fede, ricusasse di pagare le costruzioni che questo vi avesse fatte; parimenti (lib. 2.° tit. 8 § 2), nel caso in cui chiamando in giudizio il debitore d'un impubere per fargli pagar la seconda volta quel che irregolarmente, e senza valida autorizzazione avesse pagato, si ricusasse di tener conto di ciò che realmente era tornato a profitto dell'impubere.

Aut in factum composita. Non si vuol credere che questa sia una specie particolare di eccezione; essa è soltanto una forma sotto la quale le eccezioni possono esser ridotte. In fatti non altrimenti che le azioni possono, come abbiam veduto (qui sop. p. 316 e 320), esser concepute *in factum*, ciò si può egualmente fare per le eccezioni. Questo avviene quando il pretore formola l'eccezione specificando un fatto preciso che il giudice dee soltanto verificare. Così quando il pretore dà l'eccezione in questi termini: Se non vi è stato, nè vi è alcun fatto di dolo nell'affare dalla parte di Aulo Agerio; questa eccezione è conceputa generalmente, ed il giudice non ha a verificare semplicemente un fatto, ma dee esaminare le diverse circostanze che potranno esser allegate dal convenuto, e dee valutarle tanto in fatto quanto in diritto per giudicare se costituiscono veramente un dolo. Ma se l'eccezione è formolata in questi termini: « Se Aulo Agerio non ha fatto credere che il corpo pel quale ha stipulato i dieci mila sesterterzii era d'oro, mentre era di rame « (5), allora è conceputa in fatto (*in factum composita*). Il giudice ha un solo fatto preciso ad esaminare in quanto alla sua esistenza soltanto, senza doverlo valutare in diritto, essendochè questo si è già fatto dal pretore nella formola; nè si dee occupare di alcun'altra circostanza da questo fatto in fuori, perciocchè la formola non gliene lascia la facoltà. Da ciò si vede che l'eccezione di dolo o di violenza avrebbe potuto sempre ridursi in fatto; e reciprocamente Ulpiano dice che da tutte le eccezioni *in factum* avrebbe potuto nascere un'eccezione di dolo. Al convenuto apparteneva di vedere innanzi al pretore, qual'eccezione meglio gli conveniva di far inserire nella formola (6); non pertanto contro un *patronus* o un ascendente non si poteva far uso dell'eccezione di dolo, o di violenza, o di qualunque altra che macchiasse la riputazione della persona. Essa dovea esser conceputa semplicemente in fatto, perciocchè allora non v'era altro che la semplice enunciazione del fatto senza caratterizzarlo come atto di dolo o di violenza (7). Pare ancora che

(1) *D. 44, 4, 4, § 33, f. Ulp.*
(2) *Ivi.*
(3) *D. 44, 4, 4, § 33, f. Ulp.*
(4) *Ivi 2, § 5, f. Ulp.*
(5) *D. 45, 1, 22, f. Paul.*
(6) *Ivi 44, 4, 2, §§ 4 e 5.*
(7) *Ivi § 16.*

nel caso di errore, la formola più comunemente era conceputa in fatto, perchè dice Teofilo, l'errore allegato vi era determinato in forma di narrazione. Nondimeno avrebbe potuto egualmente esser compreso nell'eccezione generale di dolo. Finalmente si avverta la scelta dell'esempio nel testo del nostro paragrafo: l'esempio è di una stipulazione, cioè d'un contratto di stretto diritto. In fatti in questo caso, comechè vi sia stata violenza, dolo, o errore, non per questo l'obbligazione nascente dalla stipulazione non esiste; quindi vi è azione, ed a cagione della natura di quest'azione è assolutamente necessario di darvi inserire l'eccezione di dolo o di violenza, perchè senza di ciò il giudice non avrebbe avuto il diritto di avervi riguardo. Ma se al contrario si trattava d'un contratto di buona fede, poteva avvenire che non vi fosse neppur luogo all'azione secondo l'estensione del dolo, della violenza o dell'errore, e secondo gli oggetti sui quali questi vizî del consenso fosser caduti (1). O almeno se vi era azione, le eccezioni di dolo, di violenza, o in fatto non erano per nulla necessarie, essendochè la natura di siffatte azioni, ed i termini medesimi della formola che ad esse è propria, davano per se medesimi al giudice la missione di prendere in considerazione tutti i fatti secondo l'equità, e la buona fede (2).

II. *Idem iuris est si quis* quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, *neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum certum est: dare enim te oportet cum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet* per exceptionem pecuniae non numeratae *te defendi debere. Cuius tempora nos, secundum quod iam superioribus libris scriptum est, constitutione nostra coarctavimus.*

2. Lo stesso si osserva se *tu volendo prender danari da qualcuno* innanzi che te li avesse contati, *gli abbi promessa la somma per stipulazione.* Certa cosa è che egli può chiederti i danari, e tu vi sei tenuto per la stipulazione. Ma perchè è ingiusto che tu sii condannato per tal causa, piacque che tu potessi difenderti con l'eccezione *del danaro non numerato*, il tempo della quale noi, secondo che scritto ne' libri di sopra, restringemmo per nostra costituzione.

Quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit. Avveniva frequentemente che, per maggior solennità e sicurezza nell'obbligazione si facea intervenire una stipulazione in que' contratti che per se medesimi ne avrebber potuto far senza. Così poteva incontrare, che colui il quale consentiva a dare in prestito del danaro richiedesse da chi toglieva a prestito per maggior garentia, che si obbligasse per stipulazione al pagamento di una simil somma. Il nostro testo suppone che avendo avuto luogo da prima la stipulazione, il prestito non si sia effettuato dipoi, non avendo lo stipulante contato a colui che avea chiesto il prestito i danari promessi. In questo caso esiste la stipulazione, e per conseguente anche l'azione ch'essa produce. È dunque necessaria un'eccezione per difendere il promettente contro una domanda conforme allo stretto diritto, ma ingiusta.

Per exceptionem pecuniae non numeratae. Il convenuto nel caso di cui ragioniamo poteva aver l'eccezione generale di dolo; perchè al certo vi è dolo dalla parte del richiedente (3). Ma si poteva eziandio precisare il fatto particolare di cui si trattava, e formolare l'eccezione *in factum*; ed allora si avea l'eccezione detta *pecuniae non numeratae* (4) che era, come si vede, un eccezione in fatto (*in factum composita*). Ma o che si fosse composta in fatto o che si fosse formolata nell'espressione generale di dolo, la giurisprudenza era venuta al termine di dare a tal'eccezione questo particolar privilegio, che la pruova non era a carico del convenuto, ma sibbene a carico dell'attore (5). Per la spiegazione di quest'anomalia si vuol richiamare alla mente ciò che noi ne abbiam detto trattando di questa materia (sop. p. 153).

Quel che il testo qui dice del caso particolare d'una stipulazione fatta per cagione di un prestito, che di poi non si è effettuato, Ulpiano, l'applica generalmente ad ogni stipulazione somigliante, che si trovasse senza causa. Rigorosamente l'obbligazione e l'azione esistono, ma il promettente può difendersi per l'eccezione di dolo (6).

III. *Praeterea debitor si pactus fuerit cum creditore ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur. Qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit,* SI PARET EUM

(1) Come nel caso di società se vi è stato dolo nel fatto medesimo dell'associazione. *D. 17, 2, 5, § 3, f. Paul.* — *Ivi 4, 4, 16, § 1, Ulp.* — O nel caso di vendita per un simile dolo. *D. 4, 3, 7, pr. f. Ulp.*

(2) *D. 5, 3, 38, f. Paul.* — *38. f. Scaev.* —Ved. quel che noi ne abbiamo detto qui sopra p. p. 406.

(3) *D. 44, 4, 2, § 3, f. Ulp.*

(4) *Ivi 4, § 16.*

(5) *C. 4, 30 3. const. Anton.* — *10, const. Diocl. et Maxim.*

(6) *D. 44, 4, 2, § 3.*

DARE OPORTERE; *sed quia iniquum est contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

3. Inoltre se il debitore avesse fatto patto col creditore ch'egli non gli chiederebbe i danari, resta con tutto questo obbligato, perchè le obbligazioni non si disciolgono in tutto coi patti; laonde l'azione con la quale l'attore pretende che gli si debba dare è efficace, ma perchè è cosa iniqua che il convenuto sia condannato contro il patto, si può difendere con l'eccezione del patto fatto.

Anche questa è un'eccezione composta *in factum*; perchè è formolata indicando al giudice un fatto preciso: SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT, NE EA PECUNIA PETERETUR » secondo i termini che ci riferisce Gaio (1). Noi abbiam veduto che le obbligazioni formate con parole, o con la cosa non posson disciogliersi per un semplice patto, e che le azioni continuano a sussistere. E però l'eccezione del patto (*pacti conventi*) vi si rende necessaria. Ma non sarebbe però necessaria se si trattasse di un' obbligazione formata per semplice consenso, giacchè la convenzione contraria del patto sarebbe sufficiente ad estinguerla.

Questa eccezione sarebbe parimente inutile nelle azioni *furti* ed *iniuriarum*, perchè in vigor d'una disposizione speciale delle XII. Tavole la transazione estingueva di diritto cosiffatte azioni (2).

In cambio dell' eccezione *pacti conventi* composta in fatto, si sarebbe potuto egualmente opporre, nel caso di cui ragioniamo, l'eccezione generale di dolo (3).

IV. *Æque si debitor, creditore deferente iuraverit nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de periurio quaeri, defenditur* per exceptionem jurisjurandi. *In iis quoque actionibus*, quibus in rem agitur, *aeque necessariae sunt exceptiones: veluti si petitore deferente possessor iuraverit eam rem suam esse, et nihilominus petitor eamdem rem vindicet. Licet enim verum sit quod intendit, id est rem eius esse, iniquum tamen est possessorem condemnari.*

4. Similmente se il debitore deferendogli il creditore il giuramento, giurerà ch'egli non debba dar cosa niuna, resta per ancora obbligato, ma poichè non è onesto che si piatisca dello spergiuro, egli ha per difendersi l'*eccezione del giuramento*. Le eccezioni son parimenti necessarie contro le azioni *in rem*, come sarebbe se colui che chiede offerisse il giuramento, ed il possessore giurasse quella tal cosa esser sua. In fatti quantunque fosse vero ciò che l'attore pretende, cioè che la tal cosa fosse sua, pure sarebbe cosa ingiusta che il possessor fosse condannato.

Per exceptionem iurisiurandi. Il giuramento che le parti scambievolmente si deferiscono per terminare una lite contiene a dire di Paolo una sorta di transazione che ha anche più autorità della cosa giudicata: « *iusiurandum speciem transactionis continet maioremque habet auctoritatem quam res iudicata* (4) ». Questo, dice Gaio, è il mezzo più spedito di terminare la lite (5). Il pretore avea inserito a questo riguardo nell' editto una disposizione speciale, per la quale dichiarava che quando, deferito il giuramento al convenuto, questi avesse giurato di non dover nulla, egli non darebbe azione: « *Si is cum quo agitur, condictione delata, iuraverit: eius rei de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo* ». Tali erano, secondo che riferisce Ulpiano, i termini dell'editto (6). Essi enunciano un rifiuto di azione. Non però di meno si vuol distinguere: il giuramento talvolta impediva anche che l'azione si desse; talvolta procurava soltanto una eccezione. In fatto se il fatto medesimo del giuramento non era contrastato, se le parti ne convenivano, o se p. e. era stato deferito e prestato in presenza del pretore medesimo, allora questo magistrato negava l'azione. Ma se il fatto era contrastato fra le parti, il pretore non prendeva sopra di se il carico di verificarlo, ma ne formava un' eccezione, e si aspettava al giudice il vedere se il fatto era vero o no, e quindi il giudicare secondo il risultamento di questo esame: « *Nam postquam iuratum est denegatur actio, aut si contraversia erit, id est si ambigitur an iusiurandum datum sit, exceptioni locus est* (7). Questa è un'applicazione della regola che qui sopra abbiam esposta (pag. 405) relativamente a' casi in cui la necessità di ricorrere ad un' eccezione può aver luogo.

Si vede che l' eccezione del giuramento è un'eccezione in fatto (*in factum composita*). Si sarebbe eziandio potuto dare in cambio l'eccezione di patto, perciocchè la convenzione del giuramento è una specie particolare di patto (8); ed anche per con-

(1) *Gai. 4, 119.*
(2) *D. 2, 14, 17. § 1. f. Paul.*
(3) *Ivi 44, 4, 2, § 4, f. Ulp.*
(4) *D. 12, 2, 2.*
(5) *Ivi 1.*
(6) *Ivi 5, pr. e 7, f. Ulp.*
(7) *D. 12, 2, 9, pr. f. Ulp.*
(8) *Ivi 25, f. Ulp.*

eguenza l'eccezione generale di dolo. Noi abbiamo veduto di già (qui sopra, Inst. 4, 6. § 11.) come il giuramento potrebbe dar luogo non già ad un'eccezione, ma ad un'azione, se il risultato del giuramento fosse stato favorevole al creditore, ed il debitore ne impugnasse questo fatto.

Quibus in rem agitur. Gli esempi dati al testo in questo paragrafo, e ne' precedenti sulla necessità delle eccezioni di dolo o altre le quali non son che specialità di quella, son presi tutti nel caso di stipulazione, cioè nel caso di azione di stretto diritto. Ma la medesima necessità esisterebbe nel caso delle azioni arbitrarie, tra le quali si annoverano le azioni reali, p. e. l'azione di rivendicazione, l'azione *ad exhibendum* (1). E lo stesso sarebbe eziandio per le azioni *in factum*, per le azioni penali (2). Ma noi abbiamo già spiegato (qui sopra p. 322 e 407.) come queste eccezioni sarebber superflue nelle azioni di buona fede, essendochè vi si trovan comprese di diritto pe' soli termini della formola *ex bona fide*.

V. *Item si iudicio tecum actum fuerit sive in rem, sive in personam,* nihilominus obligatio durat, *et ideo, ipso iure de eadem re postea adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei iudicatae adiuvari.*

5. Similmente se sopra un azione reale o personale contro te intentata vi sarà intervenuta sentenza, l'*obbligazione dura ancora*, e però si può per retto diritto agir contro di te un'altra volta pel medesimo oggetto, ma tu ti puoi difendere con l'eccezione della cosa giudicata.

I giureconsulti Romani han consacrata questa massima: « *res judicata pro veritate accipitur* » la cosa giudicata si riguarda come la verità (3). Ma in che maniera si ne facea l'applicazione? Quando vi era stata una sentenza negavasi forse ogni azione sulla cosa medesima, ovvero potevasi nuovamente introdurre l'azione, salvo la facoltà al convenuto di difendersi per l'eccezione della cosa giudicata? In una parola la cosa giudicata produceva un niego compiuto di azione, o solamente un'eccezione? Su siffatte quistioni non si può altrimenti rispondere che facendo diverse distinzioni le quali oggidì ci sembrano molto sottili.

Al tempo delle azioni della legge l'azione ogni volta ch'era intentata si esauriva interamente, e però non poteva esser nuovamente introdotta per la medesima cosa; quindi non v'era mestieri di eccezioni, le quali per altro a quel tempo non erano ancora in uso (4).

Sotto l'impero delle formole la cosa mutò d'aspetto. Allora furono introdotte le eccezioni, e quella *rei iudicatae* divenne necessaria in più casi. Per valutare questa necessità conviene aver riguardo a ciò che abbiam detto (qui sopra p. 339) degli effetti della *litis contestatio*.

Da ciò che a questo proposito abbiam detto risulta che debba innanzi tutto farsi una prima distinzione fondamentale; quella tra: 1°. le azioni legittime (*judicia legitima, iudicia quae legitimo iure consistunt*); e 2° le azioni ristrette alla durata del potere, o secondo le espressioni consacrate, *quae imperio continentur;* dette così perchè non han vigore se non per quanto dura il potere (*imperium*) di colui che le ha date. « *Tamdiu valent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit* (5); ed in conseguenza debbono esser giudicate prima che cessi questo potere; altrimenti si estinguerebbero con esso. Gaio ci espone questa prima distinzione nelle sue Istituta (4. §§ 104. e 105). Egli ci fa sapere che nelle azioni le quali *imperio continentur* sia reali, sia personali, *in factum*, o di altra maniera non si operava mai novazione che estinguesse l'obbligazione del convenuto, e che le surrogasse un'altra obbligazione risultante dalla *litis contestatio*, o dalla sentenza (6); questo effetto non seguiva giammai, e l'obbligazione primitiva esisteva sempre per stretto diritto, e però non ostante il giudizio o il risultamento della sentenza, il creditore poteva introdur nuovamente l'azione per la medesima cosa, e per conseguente per respinger quest'azione diveniva necessaria l'eccezione *rei judicatae*: « SI EA RES JUDICATA NON SIT » (7) «*Si quidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam... postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest. Et ideo necessaria est exceptio rei judicatae, vel in judicium deductae* » (8).

Per contrario se si tratti d'un'azione legittima, si vuol fare un'altra distinzione

(1) *D. 12, 2, 11, f. Ulp.*
(2) *Ivi 3, § 1, f. Ulp.*, e qui sopra p. 326.
(3) *D. 50, 17.* De reg. jur. *207, f. Ulp.*
(4) *Gai. 4, 108.*
(5) *Gai. 4, 105.*
(6) *Ivi 3, 181.*
(7) *D. 44, 2, 9, f. Ulp.*
(8) *Gai. 4, 106.* « *Tunc enim nihilominus obli-*

tra: 1°. il caso delle azioni *in personam* quando la formola è composta *in jus*; e 2° quello delle azioni o reali (*in rem*), o composte in fatto (*in factum*). Nel primo caso, noi abbiamo già detto(qui sop. p.succitata) che dal momento della *litis contestatio* si opera una novazione, la quale estingue l'obbligazione personale del debitor convenuto, e le surroga una nuova obbligazione, la quale alla sua volta si estingue anch'essa per novazione, ed è surrogata da quella che risulta dalla condanna; per modo che del debitore convenuto si può dire ch'egli sia tenuto da prima per la sua obbligazione principale, di poi per la *litis contestatio*, ed in fine per la condanna (1). Stando così la cosa, siccome, l'obbligazione principale trovasi disciolta per la lite, e l'azione da essa risultante esaurita, non si può questa medesima azione nuovamente intentare, e quindi non v'è mestieri dell'eccezione *rei judicatae* (2).

Ma non era così nelle azioni reali (*in rem*), nè in quelle composte in fatto (*in factum*), perchè la loro medesima natura, come abbiamo spiegato (p.sud.) non comportava la possibilità che fosser novate per la *litis contestatio*, e surrogate da un obbligazione puramente personale. In conseguenza il medesimo diritto di proprietà, il medesimo fatto avrebbe potuto più tardi mettersi un'altra volta in quistione per mezzo di una nuova azione; e però in questo caso l'eccezione *rei iudicatae* era necessaria. Altrimenti il giudice del secondo litigio trovandosi ristretto nella sua formola, ed incaricato soltanto di verificar l'*intentio*, non avrebbe avuto il potere di occuparsi delle sentenze precedenti (3).

Del resto l'eccezione *rei iudicatae* a differenza delle altre eccezioni, di che finora abbiam ragionato, non era sottintesa di pieno diritto nelle azioni di buona fede. Essa vi dovea formalmente essere inserita, perchè l'autorità della cosa giudicata non è un principio di equità e di buona fede compreso nell'espressione *ex bona fide*; ma un principio d'ordine sociale che protegge così le giuste come le ingiuste sentenze, e che consacra anche le ingiustizie del giudice quando non vi è altro mezzo di farle riformare dal giudice superiore (4).

Si comprende dal nostro testo che sotto Giustiniano il sistema adottato è quello che altra volta si applicava a'*iudicia quae imperio continentur*. In fatti il nostro paragrafo dice che o si tratti di un'azione reale, o di un'azione personale (*sive in rem, sive in personam*) l'obbligazione principale dura tuttavia (*nihilominus obligatio durat*); non si opera alcuna novazione per la lite, nè per la sentenza, e per conseguente l'azione può esser nuovamente intentata, salvo il soccorso dell'eccezione. Ma in realtà tanto per questa eccezione, quanto per tutte le altre si può dir con verità che siccome le azioni non si richiedono più al magistrato superiore, e non son più ristrette ne'termini di una formola, ma s'intentano direttamente innanzi al giudice, che ha per se medesimo il potere di esaminare la domanda e la difesa o eccezioni, così tutte le quistioni da noi esaminate, le quali nascono dal sistema delle formole, son divenute inutili sotto Giustiniano.

Ulpiano seguendo Giuliano ci espone così le condizioni nelle quali l'eccezione della cosa giudicata si può opporre: *Exceptio rei iudicatae obstat quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii* (5). Sicchè è mestieri che la quistione sia la medesima *eadem quaestio*: per conseguenza la medesima cosa, e la medesima pretensione su questa cosa; tra le medesime persone, perchè la cosa giudicata non può mai pregiudicare i terzi, *cum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant* (6); fosse anche per un'azione differente (*vel alio genere iudicii*): questo richiede qualche spiegazione. In fatti se la nuova azione tende al medesimo scopo della prima, mette innanzi la medesima pretensione, in una parola rimette in quistione la medesima lite tuttochè sotto una forma differente, vi sarà luogo all'eccezione *rei iudicatae*. Per esempio, se dopo esser rimasto succumbente nell'azione per richiesta di eredità alcuno si faccia a rivendicare nella medesima qualità le cose ereditarie in particolare, ovvero se alcuno dopo esser rimasto succumbente nell'azione *familiae erciscundae* muova giudizio al medesimo titolo con l'azione *communi dividundo*. Ma se la nuova azione sarà fondata sopra un'altro diritto,

---

gatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae summoveri (*Gai. 5, 181*).

(1) *Gai. 5, 180.*

(2) *Gai. 4, 107.*

(3) *Ivi.*

(4) Si cita in appoggio una costituzione di Severo ed Antonino C. 3, 1, 2.

(5) *D. 44, 2, 7, § 4, f. Ulp.*

(6) *D. 44, 2, 1, f. Ulp.*

non vi si potrà applicare l'eccezione: come sarebbe, se qualcuno dopo aver perduto in un giudizio di rivendicazione di una cosa, si faccia di poi a richiederla per la *condictio* (1); perciocchè nel primo giudizio egli pretendeva esser proprietario della cosa, nel secondo sostiene soltanto esserne creditore: ovvero se dopo aver perduto in un giudizio di rivendicazione come erede, intenti un'altra volta la rivendicazione come acquirente (2): ovvero se rimasto succumbente in una rivendicazione generale, rivendichi dipoi fondandosi sopra una nuova causa di acquisto(3). In somma dobbiamo tener presenti a tal proposito questi tre frammenti di Paolo, e d'Ulpiano: « *Cum quaeritur, haec exceptio noceat necne, inspiciendum est an idem corpus sit;—Quantitas eadem, idem jus;— Et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum:—quae nisi omnia concurrant,, alia res est* (4).

Noi troviamo ordinariamente ne' testi di Gaio, e de' giureconsulti di quel tempo citata allato all' eccezione *rei iudicatae* quella *rei in iudicium deductae*: così comunemente si dice *exceptio rei iudicatae, vel in iudicium deductae*. Quest' ultima: SI EA RES IN JUDICIUM DEDUCTA NON SIT, avea luogo nel caso che non si traeva l' eccezione da ciò che la cosa era terminata con una sentenza, ma da ciò che era stata dedotta in giudizio (*in iudicium deducta*). Per esempio se avea avuto luogo la *litis contestatio*, ed il rinvio innanzi al giudice, ma non si era ancor pronunziata la sentenza. Noi ne vedremo un'altra applicazione nel § 10 che seguirà.

Come il dolo, la violenza, il giuramento producono un'azione od un' eccezione secondo che colui che li allega ha bisogno di esercitar un'azione, o di difendersi, così per la cosa giudicata avviene parimente lo stesso. Allorchè l'esistenza del giudicato è impugnata dalla parte condannata la quale nega di esservi cosa giudicata, allora l'altra parte ha bisogno d'intentare un' azione per far riconoscere l' esistenza del giudicato, che ha posto fine alla lite favorevolmente a lui (*si quaeratur iudicatum sit necne*) (5). Ed a tal fine gli si dà, siccome abbiam detto quì sopra (pag. 336), l'azione *iudicati* che è nel numero di quelle nella quali la condanna si raddoppia contro colui che senza ragione si è opposto (*adversus inficiantem duplatur*) (6).

VI. *Haec exempli causa retulisse sufficiat. Alioquin, quam ex multis, variisque causis exceptiones necessariae sunt, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.*

6. Basti ora aver detto le sopra narrate cose per modo d'esempio. Perciocchè da'libri del Digesto o Pandette si può ampiamente vedere in quanto varii, e numerosi casi sien necessarie le eccezioni.

VII. *Quarum quaedam* ex legibus *vel* ex iis quae legis vicem obtinent, *vel ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt.*

7. Delle quali eccezioni alcune prendono vigore delle leggi, o da quegli atti che sono in luogo di leggi, o dalla giurisdizione dello stesso pretore.

Il pretore per il primo introdusse l' uso delle eccezioni, come un certo temperamento al rigore del diritto civile. Di poi alcune leggi, senato-consulti, e costituzioni facendo nuova applicazione di quest' uso già introdotto crearono anch' essi alcune eccezioni per certi casi particolari.

Ex legibus: tal'è l'eccezione NISI BONIS CESSERIT relativa alla cessione de'beni del debitore a' suoi creditori, la quale proviene dalla legge *Julia*.

Ex iis quae legis vicem obtinent. Per esempio da' senatoconsulti: di tal fatta e la eccezione che può talvolta dedursi dal senatoconsulto Macedoniano, siccome abbiamo spiegato quì sopra (p. 382 e 407). Ovvero dalle costituzioni: tal' è l' eccezione della quale nel medesimo luogo abbiamo fatto parola, e che in certe congiunture può dedursi dal rescritto di Adriano sul beneficio di divisione a ragione dell'insolvibilità di uno, o di più tra i fidejussori (p. 136.) Tale è ancora quella di dolo, quando si applica in vigor del rescritto di Marc-Aurelio per far ammettere la compensazione nelle azioni di stretto diritto (ved. quì sop. pag. 375).

Eccezioni perpetue e perentorie; eccezioni temporali e dilatorie.

VIII. *Appellantur autem exceptiones, aliae* perpetuae et peremptoriae, aliae temporales et dilatoriae.

8. Delle eccezioni alcune sono chiamate *perpetue e perentorie*, alcune altre *temporali e dilatorie*.

(1) *Ivi 31, f. Paul.*
(2) *Ivi 11, § 2.*
(3) *44, 2, 11, § 4.*
(4) *Ivi 12, 13, e 14.*
(5) *D. 49, 8, 1, pr. f. Marc.*
(6) *Gai. 4, §§ 9, e 171.— Paul. Sent. 1, 19, 1.*

Perpetuae et peremptoriae. La prima di queste qualificazioni è relativa alla durata, la seconda agli effetti dell'eccezione. Del resto l'una è la conseguenza necessaria dell'altra: dal momento che l'eccezione è perpetua, è anche necessariamente perentoria.

Temporales et dilatoriae. Lo stesso è per le eccezioni temporali e dilatorie; la prima di queste qualificazioni è relativa alla durata, la seconda agli effetti dell'eccezione; ed anche l'una è la conseguenza necessaria dell'altra; dal momento che l'eccezione è temporale, essa è necessariamente anche dilatoria.

Ma quì si vuol bene avvertire di non cadere in un errore comune, che deriva dalle nostre idee moderne sulle eccezioni. In diritto romano nelle predette qualificazioni non si tratta in alcun modo degli effetti che l'eccezione può produrre ogni volta che sia proposta in giudizio, ed applicata dal giudice; ma unicamente della durata, e degli effetti dell'eccezione nelle mani del reo quando la lite non è ancora impegnata, e quando essa esiste soltanto come un mezzo di difesa apparecchiato pel caso che s'intenti l'azione.

Gli errori ne' quali gl' interpetri son caduti intorno a questa materia sono in gran parte provenuti dalla confusione di queste due epoche.

In fatti le eccezioni, se si voglia considerarle rispetto al loro risultamento in giudizio, quando sono applicate dal giudice, quali che esse siano, hanno tutte un risultamento comune, nel senso che saranno ammesse o rigettate dal pretore nel dare la formola, secondo che saranno proposte in tempo opportuno, o no; che modificheranno, impediranno, o non impediranno la condanna, secondo la loro natura, e secondo che saranno giustificate o no innanzi al giudice: ma in tutt' i casi la lite, qualunque ne sia la riuscita, essendo stato una volta dedotto in giudizio, si troverà esaurita, e non sarà possibile di ricomincirla più tardi. A colui che volesse intentarla di nuovo si negherebbe l'azione, ovvero si opporrebbe l'eccezione *rei iudicatae*, o *rei in iudicium deductae*, secondo i casi (Ved. il seg. § 10).

Per contrario se si vogliano considerar le eccezioni nelle mani del reo prima che la lite sia impegnata, come un mezzo di difesa apparecchiato in caso di azione, allora si tratta di determinare primieramente la loro durata, cioè il tempo durante il quale il reo se ne può valere, o farle inserire nella formola se sarà convenuto in giudizio; in una parola; per far comprendere l'idea per mezzo di una figura, il tempo durante il quale si lascia in sua mano quest'arma difensiva per servirgli in caso di attacco. In secondo luogo son da determinare i loro effetti, cioè l'utilità che il reo ne ritrae; se avendole perpetuamente in sua mano per difendersi, esse paralizzino l'azione, e se avendole solamente per un certo tempo determinato, non facciano altro che sospenderla, e lascino il reo disarmato allo spirar di questo tempo. Questo è ciò che i due seguenti paragrafi ci spiegano.

IX. *Perpetuae et peremptoriae sunt quae semper agentibus obstant, et semper rem de qua agitur perimunt: qualis est* exceptio doli mali et quod metus causa *factum est, et pacti conventi cum ita convenerit ne omnino pecunia peteretur.*

9. Le perpetue e perentorie son quelle che s'oppongono sempre agli attori, e sempre perimono la cosa per la quale l'azione s'intenta, com'è l'eccezione *di dolo, e di quel che si è fatto per timore*, e del patto fatto quando si è convenuto che non si debba chiedere il danaro.

Un frammento di Gaio messo nel Digesto definisce le eccezioni perpetue e perentorie: *quae semper locum habent, nec evitari possunt* (1). Questa definizione corrisponde a quella del nostro testo. Esse son perpetue, perchè non son messe a disposizione del reo per un determinato tempo soltanto, ma per sempre: in qualunque tempo egli sarà attaccato potrà difendersi opponendole; *semper agentibus obstant*, dice il nostro testo. E dall'esser perpetue risulta necessariamente che son perentorie, vale a dire che paralizzano, e distruggono in certo modo l'azione, perciocchè la rendono inutile nelle mani dell'attore, il quale in qualunque tempo intenterà l'azione, sarà respinto per l'eccezione, la quale egli non potrebbe evitare differendo quanto si voglia l'azione (*nec evitari possunt*).

Exceptio doli mali: quod metus causa. Nondimeno noi abbiam veduto che le azioni di dolo o di violenza son temporali; or come le eccezioni derivate dal medesimo fatto possono esser perpetue? La ragione della differenza è che siccome l'azione è mezzo di attacco, dipende da chi

(1) *D.* 44, 1, 3.

è sta'o ingannato o ha patito violenza, di intentarla in un determinato tempo dalla scoverta del dol», o dal cessare della violenza; mentre essendo l'eccezione un mezzo di difesa non dipende da colui che ha diritto di servirsene contro un'azione, che quest'azione sia intentata contro di lui, nel tale o tal'altro termine; e però dal momento ch'egli sarà attaccato, in qualunque tempo ciò avvenga, egli potrà opporre l'eccezione. (1). E da ciò è venuto quell'adagio: *Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum.*

X. *Temporales atque dilatoriae sunt* quae ad tempus nocent, et temporis dilationem tribuunt: *qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium; nam finito eo tempore non impeditur actor rem exsequi. Ergo ii quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio, aut pacti conventi,* aut alia similis, *differre debent actionem, et post tempus agere: ideo enim et dilatoriae istae exceptiones appellantur. Alioquin, si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo iudicio quidquam consequerentur propter exceptionem,* neque post tempus olim agere poterant, *cum temere rem in iudicium deducebant, et consumebant: qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus; sed eum qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus est, Zenonianae constitutioni subiacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis qui tempore plus petierint protulit: ut et inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ii qui talem iniuriam passi sunt, et post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali poena perterriti tempora litium doceantur observare.*

X. Le temporali e dilatorie son quelle *che nuocono fino ad un dato tempo e danno allungamento e spazio di tempo*, com'è l'eccezione del patto fatto, quando si è pattuito che non si debba intentar l'azione fra un certo tempo, come sarebbe a dir tra cinque anni, perchè finito quel tempo non s'impedisce che l'attor non possa chiedere il suo credito. Coloro adunque a' quali è opposta l'eccezione del patto fatto, o *altra simile* debbono differir l'azione ed intentarla dopo finito il tempo: e però cosiffatte eccezioni son chiamate dilatorie. Altrimenti intentandosi l'azione prima del termine stabilito, ed opponendosi l'eccezione, l'attore non conseguirà nulla in quel giudizio per causa dell'eccezione, e secondo ciò che anticamente si osservava, anche dopo passato il tempo non poteva più valersi dell'azione: poichè avendo temerariamente dedotta la cosa in giudizio, ed esaurita per tal modo l'azione, perdeva la cosa medesima. Però noi non vogliamo che questo si osservi oggi così strettamente, ma giudichiamo che colui che avrà avuto ardimento di far lite innanzi il tempo stabilito dal patto o dall'obbligazione, soggiaccia alla costituzione del divino Zenone, la qual fu fatta dal sacratissimo legislatore pel caso di coloro che chiedono di più per ragion del tempo: per modo che se l'attore non avrà osservato quello spazio di tempo o indugi, che egli medesimo abbia conceduto, o che la natura dell'affare richieda, questi termini saran raddoppiati a giovamento di coloro che avranno ricevuta cosiffatta ingiuria; ed anche trascorsi questi termini non potrà l'attore cominciar la lite, se prima non avrà pagato tutte le spese della lite; acciochè gli attori spaventati da cosiffatta pena imparino a servare i termini.

Quae ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt. Gaio eziandio le definisce nel frammento di già citato: *Quae non semper locum habent, sed evitari possunt.* Esse son temporali perchè competono al reo per un certo tempo determinato, passato il quale egli non se ne può valere più, e si trova disarmato; e se allora s'introduca l'azione non vi si può più opporre con l'eccezione. Dalla condizione di esser temporali risulta necessariamente che sieno dilatorie; in fatti qual'è l'utilità che ne ritrae il convenuto? Quella unicamente di non poter essere attaccato durante un determinato tempo: esse gli procurano un differimento (*temporis dilationem tribuunt*), perciocchè sospendono in certa guisa l'efficacia dell'azione durante questo tempo. Ma spirato il termine, l'azione si può intentare senza aver nulla a temere dall'eccezione. Così dipende dall'attore l'evitarla differendo la sua azione (*sed evitarii possunt*). L'esempio dato dal testo ci fa comprender chiaramente l'applicazione di siffatti principii.

Aut alia similis. Tali erano le eccezioni dette *litis dividuae* e *rei residuae* le quali sono anche citate come esempii di eccezioni temporali e dilatorie nelle Istituta di Gaio (2).

Neque post tempus olim agere poterant. Qui si tratta degli effetti dell'eccezione proposta ed applicata in giudizio. Noi vediamo che sotto questo aspetto tutte le eccezioni o perpetue e perentorie, o temporali e dilatorie perimevano l'azione siccome già innanzi abbiam detto, nel senso che l'affare essendo stato una volta dedotto in giudizio, era esaurito (*rem in iudicium consumebant*). A colui che avesse voluto ricominciar la lite il pretore avrebbe negata l'azione, se era il caso di dover aver luogo il rifiuto di azione, ovvero gli si sarebbe opposta l'eccezione *rei iudicatae*, se sulla lite vi fosse intervenuta sentenza, o quella *rei in judicium deductae*, se v'era stata unicamente introduzione d'istanza, senza essersi pronunziata alcuna

(1) *D. 44, 4, 5, § 6. f. Paul.*

(2) *Gai. 4, 122.*

decisione. Dalle espressioni di Gaio potrebbesi dedurre che nel caso delle eccezioni temporali e dilatorie l'eccezione da opporsi all'attore era quella *rei in iudicium deductae* (1), per aver mal'a proposito, e prima del tempo tentato il giudizio. Del resto si ponga mente alle importanti innovazioni introdotte dalla costituzione di Zenone in quanto agli effetti dell'applicazione delle eccezioni dilatorie in giudizio (ved. qui sop. tit. 6 § 33.

XI. *Praeterea etiam ex persona sunt dilatoriae exceptiones, quales sunt procuratoriae : veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus nec pro patre vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto procuratorio nomine experiri conceditur : suis vero negotiis superesse sine offensa militaris disciplinae possunt. Eas vero exceptiones quae olim procuratoribus* propterinfamiam *vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur cum in iudiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sanximus : ne dum de his altercatur ipsius negotii disceptatio proteletur.*

11. Oltre a ciò le eccezioni sono eziandio dilatorie rispetto alla persona, come sono le eccezioni procuratorie, per esempio se alcuno volesse agir per mezzo di un soldato o d'una donna; giacchè non è conceduto a' soldati di poter agire come procuratori nè pel padre, nè per la madre, nè per la moglie, neppure se si provvedesse d'un rescritto imperiale. Ma possono però agire ne'proprii affari senza offender la disciplina militare. Quelle eccezioni poi le quali per innanzi si opponevano a'procuratori a *cagione dell'infamia* o di chi avea data, o di chi avea ricevuta la procura vedendo noi che non son frequenti ne'giudizii, abbiam decretato che non sieno più ammesse, acciocchè mentre si contende di siffatte eccezioni non si vada allungando la discussione dell'affare principale.

Questo paragrafo è relativo alle eccezioni dette *procuratoriae*, e *cognitoriae*, le quali han luogo contro colui che ha scelto a procuratore o *cognitor* una persona incapace di agire in questa qualità. Queste eccezioni son dilatorie nel senso che l'attore può evitarle agendo non già nel tal tempo piuttosto che nel tal'altro, ma per mezzo della tale persona piuttosto che della tal altra. In fatti le eccezioni, dice Gaio son considerate come dilatorie non solamente a ragione del tempo ma anche a ragione della persona. « *Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona dilatoriae exceptiones intelliguntur* (2). Del rimanente se esse erano proposte ed applicate in giudizio aveano, come le altre, per effetto di esaurire la lite.

Propter infamiam. Questa è l'infamia risultante da certe condanne anche civili per colui che ne è colpito, come ne abbiam veduti diversi esempi nelle azioni di tutela, di deposito, di società, ed altre ancora. Siffatta infamia produceva tra le altre incapacità quella di esser procuratore, o di costituire un procuratore: incapacità caduta in disuso al tempo di Giustiniano come il testo medesimo lo dice.

TITULUS XIV.

DE REPLICATIONIBUS

Interdum evenit ut exceptio, quae prima facie iusta videtur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adiuvandi actoris gratia; quae replicatio vocatur, quia per eam replicatur, atque resolvitur ius exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est ut creditori petere liceat : si creditor agat, et excipiat debitor ut ita demum condemnetur si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio. Convenit enim ita; namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

TITOLO XIV.

DELLE REPLICHE.

Alle volte avviene che l'eccezione la quale a prima vista par giusta, sia ingiustamente nocevole. Il che avvenendo, bisogna un'altra allegazione, acciocchè l'attore si possa aiutare, e questa è chiamata replica, perchè col suo mezzo si replica, e si risolve il diritto dell'eccezione, come sarebbe se qualcuno avesse pattuito col suo debitore di non chiedergli i danari, ma dopo abbiano pattuito il contrario, cioè che il creditore possa domandarli; se il creditore intenta l'azione, ed il debitore oppone l'eccezione che non debba esser condannato se non in quanto non vi sia intervenuto il patto di non domandare il pagamento, questa eccezione nuoce al creditore, perchè è sempre vero che intervenne il patto, quantunque si fosse di poi pattuito in contrario. Ma nondimeno essendo ingiusto che il creditore fosse escluso, se gli darà la replica per il patto posteriore.

Tutto quel che abbiam detto intorno all'uso ed alla natura delle eccezioni è applicabile alle repliche, le quali in sostanza non sono che un'eccezione contro l'eccezione. « *Replicatio est contraria exceptio: quasi exceptionis exceptio* » (3).

Intanto si ponga mente a questa circo-

(1) *Gai. 4, 123.*
(2) *Gai 4, 124.*
(3) *D. 44, 1, 22, f. Paul.*

tenza particolare, che secondo l'avviso di Labeone, di Marcello, e di Ulpiano era riceuto in costume che contro l'eccezione di dolo non si dovea mai dar la replica di dolo, acciocchè l'attore che avea agito con frode non potesse con l'ajuto di questa replica trionfar nella sua azione ed ottenere il prezzo della sua frode. Sicchè quando ciascuno degli avversari avesse commesso dolo, il dolo dell'attore era quello che rimanea punito (1).

I. *Rursus interdum evenit, ut replicatio, quae prima facie iusta est, inique noceat. Quod cum accidit alia allegatione opus est adiuvandi rei gratia: quae duplicatio vocatur.*

1. Talora accade che la replica la quale pare a prima vista esser giusta sia ingiustamente nocevole, la qual cosa avvenendo, è mestieri d'un'altra allegazione per ajutare il reo, la quale è chiamata duplicazione.

II. *Et si rursus ea prima facie justa videatur, ed propter aliquam causam actori inique noceat, ursus alia allegatione opus est qua actor adjuetur, quae dicitur triplicatio.*

2. E se per avventura anche questa sembri giusta nella prima apparenza, ma noccia all'attore per qualche cagione, di nuovo è bisogno d'un'altra allegazione, per la quale s'aiuti l'attore, ed è chiamata triplicazione.

III. *Quarum omnium exceptionum usum, interlum ulterius quam diximus varietas negotiorum ntroduxit: quas omnes apertius ex Digestorum atiore volumine facile est cognoscere.*

3. L'uso delle quali eccezioni per la varietà delli affari s'estende ancora più oltre di quel che si detto, come apertamente si può vedere nell'amio volume del Digesto.

IV. *Exceptiones autem quibus debitor defendisr* plerumque accommodari solent etiam fidejusoribus *ejus, et recte: quia quod ab iis petitur, id b ipso debitore peti videtur*, quia mandati judicio edditurus est *eis quod ii pro eo solverint. Qua ratione, etsi* de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, *placuit perinde succurrendum esse per xceptionem pacti conventi illis quoque qui pro eo bligati sunt, ac si cum ipsis pactus esset ne ab is pecunia peteretur. Sane* quaedam exceptiones on solent his accommodari. *Ecce enim debitor, si onis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur, efenditur per exceptionem* NISI BONIS CESSERIT; *ed haec exceptio fidejussoribus non datur: ideo cilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc aaxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, ausum consequi.*

4. Le eccezioni per le quali il debitore si difende *per lo più si sogliono anco accomodare a' loro fidejussori*, con ragione, perchè quel medesimo che si chiede a' fidejussori par che si addomandi al debitore, *avendo egli a render* loro per *giudizio di mandato* quel ch'essi avran pagato per lui. Per la qual ragione se qualcuno avrà pattuito col reo *di non chiedere il pagamento* del danaro, piacque che si soccorra con l'eccezione del patto convenuto anche a coloro che sono obbligati per lui, non altrimenti che se esso avesse pattuito anco con loro di non chiedere il pagamento. Vero è che *certe eccezioni non si sogliono accomodare a' fidejussori.* Così se il debitore avesse ceduto i suoi beni, ed il creditore facesse lite con lui, si difenderebbe con l'eccezione *di aver ceduto i suoi beni.* Ma questa eccezione non è data a' fidejussori, perchè chi richiede una sicurtà o un fidejussore ha riguardo a questo, che quando il debitore rimanga senza beni, possa ricuperare il suo da coloro, che l'han garentito.

Plerumque accomodari solent etiam fidejussoribus. Vi ha delle eccezioni che diconsi inerenti alla cosa (*rei cohaerentes*), perchè non risultano da un riguardo, o da una circostanza personale esclusivamente propria al debitore, ma da una causa che ha relazione alla cosa, cioè al debito medesimo; e però si danno non solamente al debitore, ma a tutti coloro che son tenuti per lui: *rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt.* Tali sono le eccezioni derivanti dalla cosa giudicata, dal dolo, dal giuramento, dalla violenza (2).

Quia mandati iudicio redditurus est. Questa ragione che il testo allega ci spiega in che modo il debitore medesimo ha interesse che certe eccezioni, le quali si sarebber potuto riguardare come personali a lui, potesser giovare anche a' suoi fidejussori, perchè se questi fossero astretti a pagare, avendo un regresso contro di lui per l'azione di mandato, lo costringerebbero a restituir loro ciò ch'eglino avesser pagato. Così nel caso di un patto pel quale il creditore è convenuto col debitore di non richieder la somma, ovvero nel caso di un prestito di danaro contrattato da un figliuol di famiglia contro il divieto del senato-consulto Macedoniano, l'eccezione del patto, o quella del senato-consulto Macedoniano gioverà non solamente al debitore, ma anche a' suoi fidejussori, se vi sono intervenuti, perchè senza di questo il debitore mediante i loro regressi si troverebbe indirettamente obbligato di pagare egli medesimo. Ma in questi due esempi se non vi fosse luogo ai predetti regressi, p. e. se i fidejussori fossero intervenuti per liberalità, con animo di fare un dono (*donandi animo*), non

(1) *D. 44, 4, 4, § 13, f. Ulp.*

(2) *D. 44, 1, 7, § 1, f. Paul.*

verificandosi più il motivo che abbiamo enunciato, non potrebbero giovarsi dell'eccezione del patto, o del senato consulto Macedoniano, la quale resterebbe esclusivamente propria al debitore, ed a'suoi eredi o successori (1).

De non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit. I patti si possono fare o generalmente per la cosa (*in rem*), o individualmente soltanto per la persona (*in personam*); per la cosa, quando si conviene generalmente che non si chiederà il pagamento; per la persona, quando si conviene che non si richiederà dalla tale persona. « *Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. In rem sunt quotiens generaliter paciscor ne petam; in personam, quotiens ne a persona petam: ne a Lucio Titio petam* » (2). Del resto in ciò non si dee tanto aver riguardo alle espressioni, quanto all'intenzione delle parti. Quando il patto è personale non giova ad altri che alla persona per rispetto della quale è fatto, neppure a'suoi propri eredi: *Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem, Labeo ait* » (3). Sicchè i fidejussori potranno esser chiamati in giudizio con tutto che pei loro regressi contro il debitore questi si debba trovare astretto a pagare: il senso tutto personale che si è dato al patto indica che le parti non han voluto garentire il debitore anche dal regresso de'fidejussori. Da ciò si comprende che nell'esempio qui sopra arrecato dal nostro testo è quistione di un patto reale cioè generale (*in rem*).

Quaedam exceptiones non solent his accommodari. Queste eccezioni son dette inerenti alla persona (*personae cohaerentes*) perchè risultano da qualche considerazione, o da qualche circostanza personale esclusivamente propria al debitore; e però giovano personalmente ed esclusivamente a lui. « *Exceptiones quae personae cujusque cohaerent non transeunt ad alios* » (4). E non ostante il regresso al quale il debitore può essere esposto da parte dei suoi fidejussori, costoro non possono invocare cosiffatte eccezioni, le quali d'altra parte sono talvolta di tal natura da poter essere opposte anche a loro medesimi. Il testo cita ad esempio di eccezione personale quella che risulta dalla cessione de'beni; vi si potrebbe aggiungere quella del patto personale, o anche quella che si dà ad un socio, ad un ascendente, o *patronus*, di non pagare che fino a concorrenza di quanto comportano le loro facoltà. (V. qui sopra p. 371 e seg.).

Delle prescrizioni.

Le prescrizioni, o aggiunte che si mettevano in principio della formola, e di cui noi abbiamo spiegato gli effetti (p. 304 e seg.) non sono più in uso al tempo di Giustiniano. Esse da poi che furono successivamente cadute in dissuetudine si trasformarono in eccezioni; di maniera che la parola prescrizione si unì come sinonimo a quella di eccezione (*de exceptionibus seu praescriptionibus*, e prese ad indicar più specialmente l'eccezione risultante dal possesso di lungo tempo; onde finalmente è venuto il senso che noi oggi le diamo, come mezzo di acquistare, o di liberarsi.

TITULUS XV.

DEINTERDICTIS

Sequitur ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus *quae pro his exercentur. Erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat: quod tunc maxime faciebat cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.*

TITOLO XV.

DEGL'INTERDETTI

Seguita che noi ragioniamo degl'interdetti, ovvero delle azioni che s'adoprano per gl'interdetti. Questi erano delle forme e concetti di parole, per i quali il pretore comandava che si facesse, o proibiva che non si facesse qualche cosa, il che avveniva principalmente quando si contendeva tra le persone del possesso o del quasi possesso.

Noi di già abbiamo parlato sommariamente degl'interdetti (qui sop. p. 328) ma quel che ne abbiam detto richiede delle spiegazioni.

Gl' interdetti, non altrimenti che le eccezioni, mutarono interamente natura quando la procedura per formole fu abolita. Adunque per ben comprendere la loro origine ed il loro carattere primitivo bisogna aver riguardo a questa procedura.

L' interdetto era un decreto, un editto renduto sulla richiesta di una parte da un magistrato del popolo, dal pretore, o nelle

(1) *D. 2, 14.* De pactis *52, f. Paul.* — *14, 6* De S. C. Maced. *9, § 3, f. Ulp.*
(2) *D. 2, 14, 7, § 8, f. Ulp.*
(3) *Ivi 25, § 1, f. Paul.*
(4) *D. 44, 1, 7, pr. f. Paul.*

province dal proconsole per comandare o vietare imperativamente qualche cosa (*aut iubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat* (1); « *Vim fieri veto. Exhibeas. Restituas.* Proibisco che si faccia violenza. Presenta. Restituisci ». Di tal fatta erano le parole imperative con le quali il più delle volte terminavano gl' interdetti.

Gl' interdetti si adoperavano nelle materie che più specialmente son poste sotto la vigilanza della pubblica autorità, e nelle quali l'amministrazione dee al paese ed ai cittadini una cura e protezione più diretta; vale a dire nelle cose di diritto divino o religioso, p. e. per la protezione de' luoghi sacri, de' sepolcri, degl'interramenti; e nelle cose di diritto comune o pubblico p. e. per l' uso del mare e delle sue rive, de' fiumi, delle vie pubbliche, e per la loro conservazione. Essi si adoperavano eziandio per gl' interessi privati (*rei familiaris causa*), nelle cause che per natura son tali da produrre ordinariamente tra le parti contrastanti delle risse o vie di fatto, e però richiedono l'intervento immediato dell' autorità: tali sono le contese sul possesso o quasi-possesso (2).

Quegli che in tal materia incontrava delle opposizioni o ostacoli al suo diritto, o pativa qualche spogliamento, s' indirizzava al pretore o al proconsole, ed esponendogli il fatto gli domandava un interdetto. Il magistrato, se n' era il caso, dava l' interdetto, e questo era un ordine imperativo pel quale comandava, o vietava che si facesse qualche cosa.

Se l'avversario si sottometteva all' interdetto ed assentiva ai reclami di colui che l' avea ottenuto, l'affare era terminato. Ma se egli non ubbidiva all'interdetto, ricusando di eseguirlo, o negando i fatti sui quali era fondato, o i diritti di colui che l'avea ottenuto, allora la contesa non che fosse finita diventava anzi una lite. Bisognava andare innanzi al giudice o a' ricuperatori per far giudicare se vi era effettualmente contravvenzione all'interdetto. « *Nec tamen cum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit*, dice Gaio, *statim peractum est negotium; sed ad judicium recuperatoresve itur, et ibi* EDITIS FORMULIS *quaeritur an aliquid adversus praetoris* EDICTUM *factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit* » (3). In questo caso il pretore dava a' litiganti il giudice o i ricuperatori come nelle liti ordinarie. Ma dava loro eziandio una formola di azione nella quale potevano entrar senza dubbio conformemente all'uso comune, delle eccezioni o repliche. E ciò che lo prova, oltre le espressioni *editis formulis* nel passo di Gaio, che abbiam riportato, è che sovente il testo medesimo dell'interdetto porta formalmente: *Io darò un'azione*: JUDICIUM DABO AGERE PERMITTAM (4) Del resto l'*intentio* di questa formola dovea esser naturalmente conceputa ne' termini medesimi dell' interdetto che si trattava di applicare. La qual cosa possiam dedurre da questo passo di Gaio: » *Judex apud quem de ea re agitur illud scilicet requirit quod praetor interdicto complexus est* » (5).

Sicchè in questa procedura l'interdetto era la legge della causa e delle parti, promulgata specialmente per esse dal pretore. Se questa legge speciale riceveva la sua applicazione senza contesa, la faccenda era terminata. Se vi era contravvenzione e contesa sulla sua applicazione, allora cominciava una lite ed il pretore, come in tutte le altre liti, dava a' litiganti un giudice con un'azione, regolata dalla formola conforme all' interdetto.

Da ciò si vede quanta differenza era tra l' interdetto e l' azione. L' interdetto emanava presso il pretore dal suo potere di pubblicare degli editti; l' azione accomodata in formola alle parti emanava dal suo

(1) *Gai. 4 139.*

(2) *D. 43, 1.* De interdictis. 2 §§ *1 seq. f. Paul.* « *Quoniam in hujusmodi controversiis saepe contingit et caedes fieri, et vulnera infligi et plagas inferri* » dice Teofilo nella sua Parafrasi *hic.*

(3) *Gai. 4, 141.* Questo punto sul quale il testo di Gaio non lascia più luogo a dubitare era sembrato controverso agli occhi degli antichi interpreti del diritto romano. Non pertanto esso era ben positivamente enunciato nella Parafrasi di Teofilo: « *Rem itaque omnem praetori ordine exponunt. At is quaedam verba inter eos pronuntiat, non litem dirimens sed ad pedaneum judicem remittens, qui de controversia ipsorum cognoscet* » — Si trova inoltre la traccia di numerosi frammenti del Digesto relativi agl'interdetti, ove è quistione dell' *officium judicis*; e segnatamente *D. 25, 5.* Si ventris nomine *1, § 2 f. Ulp.*: *Necessario Praetor adjecit*: ut qui per dolum venit in possessionem cogatur decedere. *Coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum sed melius et civilius faciet si eum per interdictum* ad jus ordinarium remiserit ».

(4) Noi ne abbiamo più esempi negl'interdetti riferiti da Ulpiano *D. 43, 4, 1, pr. — 16, 1, pr. 16, 1, pr. 17, 1, pr.*

(5) Per esempio se si tratta del possesso d' un fondo od un' edifizio: « *Uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus quo interdictum redderetur nec vi, nec vi, nec clam, nec precario possederit* » (*Gai. 4, 166*).

potere di giurisdizione. L'uno era una disposizione imperativa indirizzata alle parti, a fine di prevenire la lite, se vi si sottomettevano, e di farne la legge, se vi era contestazione; l'altra era un incarico dato al giudice di pronunziare sulla lite già insorta. L' interdetto non surrogava l' azione, ma per contrario le dava origine e le serviva di base, se non ostante l'interdetto pronunziato, si veniva a lite.

Ne' casi in cui il pretore fin dalle prime dava l' azione senza preliminare interdetto la ragione di ciò stava in questo che la causa era regolata da leggi, o editti generali che formavano legge per tutti.

Ne'casi contrarii la causa era di quelle per le quali si era stimato utile di far intervenire l'autorità legislativa del pretore in guisa che ciascuna di queste cause era regolata da un editto particolare che formava legge per questa causa soltanto.

Adunque l'interdetto è un editto particolare, un editto tra due persone, come se si dicesse *inter duos edictum*. E però Gaio nel passo che abbiam citato (pag. pr.)ed anche in un altro(1) lo chiama formalmente EDICTUM PRAETORIS. Sicchè come nel linguaggio del dritto si dice *jus dicere*, *addicere*, *edicere*, così si dice pure *inter dicere*, quasi *inter duos dicere*: e questa è l'etimologia che il testo ci dà nel seguente paragrafo: « *quia inter duos dicuntur* ». Nondimeno noi vediamo dalle Istituta di Gaio che si chiamavano specialmente *interdetti* quelli per i quali il pretore proibiva qualche cosa; e *decreti* quelli pei quali comandava : « *Vocantur autem decreta cum fieri aliquid jubet . . . interdicta vero, cum prohibet fieri* (2) ».

Precisamente per la ragione che gl'interdetti son particolari alla causa e personali alle parti per le quali sono stati renduti, Ulpiano dice, in questo senso, che per loro natura son tutti personali: *Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt* (3) ». Ed è per la medesima ragione che il momento in cui l' interdetto si è reso serve di punto di partenza per l'esame del diritto delle parti, e pel computo de'frutti che possono esser dovuti, perchè solo in quel momento la legge della causa, e per conseguente il diritto che essa conferisce, ha presa origine (4).

Il Savigny al quale la scienza va debitrice di così preziosi lavori sulla storia del diritto romano, sull'insieme di questo diritto, e particolarmente sul possesso e sugl'interdetti, attribuisce l'origine degl'interdetti secondo le congetture di Nhiebuhr ai tempi in cui i patrizî tenendo in fitto le terre pubbliche, e non avendo su di esse il dominio quiritario, nè per conseguenza le azioni che ne derivano avevano bisogno per far proteggere il loro possesso di ricorrere ogni volta all'autorità del pretore. Ma questa, secondo a noi pare, è una spiegazione un poco larga dalla quale lo scrittore che trattava del possesso si è lasciato abbagliare per la specialità del suo soggetto. In quanto a noi siam convinti che gl' interdetti ebbero origine per le materie d'interesse pubblico. Tutto dimostra che gl'interdetti i quali ebber luogo *rei familiaris causa* occuparono un posto secondario; quantunque formino la parte principale pei giureconsulti del diritto privato. Certamente il magistrato dovea provvedere alla protezione delle cose sacre, delle cose religiose, delle vie pubbliche, de' fiumi navigabili, prima che si fosse sentito il bisogno di provvedere a quella delle possessioni de' patrizii. Quest'interessi pubblici che s'incontrano inevitabilmente in ogni tempo sono de'punti sui quali la legge generale non avea a principio provveduto, perchè intorno a tali cose si era rimessa alla vigilanza, ed al potere del magistrato; il pretore vi provvide coi suoi comandi e con le sue proibizioni. E siccome il possesso privato trovavasi nella medesima condizione, da una parte perchè la legge generale non vi avea provveduto, e dall' altra perchè il possesso importava eziandio all'ordine ed alla tranquillità pubblica, per cagione delle risse e delle vie di fatto che ne potevano seguire, così il pretore vi provvide parimente col medesimo mezzo.

Sicchè si dee attribuir l'origine degl'interdetti alla necessità, nella quale dovettero trovarsi i pretori d'intervenire con la loro autorità e di supplire col mezzo di ordini e di proibizioni alle lagune della legge soprattutto nelle materie di amministrazione pubblica e di polizia, o in quelle che potevano condurre a risse e vie di fatto tra i particolari; e questo anche prima che l'uso ed il potere di fare degli editti generali non si fosse per essi introdotto. In fatti questa necessità di regolare con l'autorità pretoria i casi impreveduti

(1) *Gai. 4, 166.*
(2) *Ivi 4, 140.*
(3) *D. 49, 1.* De interd. 1, § *3, f. Ulp.*
(4) *D. 43, 1.* De interd. 3, *f. Ulp.*

è l'origine di tutti gli editti tanto generali, quanto particolari. Ma è da notare che i pretori a disegno e con discernimento an che dopo che il diritto di pubblicare degli editti generali fu divenuto incontrastabile, conservarono nondimeno questa distinzione immensa tra le materie che regolarono in maniera generale per mezzo degli editti annuali pubblicati anticipatamente per tutti generalmente, e le materie che continuarono a formar l' oggetto degli editti particolari, o vogliam dire interdetti; materie sulle quali per una procedura tutta particolare il pretore si riserba il diritto d'intervenire specialmente ed imperativamente mediante un editto pronunziato in ciascuno affare : dicendo bene negli editti generali con qual regola egli darà il tale o tal' altro interdetto secondo il tale o tal altro caso, ma assoggettando sempre ciascuna parte alla necessità di ottenere da lui un interdetto particolare in ciascuna causa.

Sicchè questa procedura particolare applicata e conservata di poi solamente in certe materie di una determinata natura non ha avuto origine dal puro caso, ma porta la traccia del discernimento e della scienza legislativa.

Seu actionibus quae pro his exercentur. Quando l'ufficio del pretore di dare i giudici, e le formole fu soppresso, e ciascuna lite si potè direttamente portar dalle parti innanzi al giudice competente, dovè avvenire il medesimo per la dazione degl'interdetti. Allora nelle cause, per le quali il pretore anticamente avrebbe dato un interdetto fu dato alle parti il diritto di agire innanzi al giudice per far garentire i diritti, che l' interdetto altra volta avrebbe garentiti. Gl' interdetti adunque rimasero come disposizioni della legislazione pretoria, che davano origine a certe azioni. Questo esprimono le parole del nostro testo, e tale è la loro trasformazione sotto Giustiniano.

Interdetti proibitorii, restitutorii, esibitorii.

1. *Summa autem divisio interdictorum haec est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt quibus praetor vetat aliquid fieri : veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti quo ei jus erat inferendi; vel in sacro loco aedificari; vel in flumine publico, ripave ejus aliquid fieri, quo peius navigetur. Restitutoria sunt quibus restitui aliquid iubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum quae quis pro haerede aut pro possessore possidet ex ea hereditate ; aut eum iubet ei qui possessione fundi dejectus sit restitui possessionem. Exhibitoria sunt per quae iubet exhiberi : veluti eum cuius de libertate agitur, aut libertum cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos qui in potestate sunt. Sunt tamen qui putant proprie interdicta ea vocari quae prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere ; restitutoria autem et exhibitoria proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.*

1. La principal divisione degl'interdetti è questa, ch'essi sono o proibitorii, o restitutorii, o esibitorii. Gli interdetti proibitorii son quelli per i quali il pretore vieta che si faccia qualche cosa : p. e. che non si faccia violenza a chi possiede senza vizio alcuno, o a chi mette un morto in quel luogo dov'egli ha diritto di metterlo, o che non si edifichi in luogo sacro, o non si faccia qualche cosa nel fiume pubblico, o sulla riva, che impedisca alle persone il potervi navigare. Gl'interdetti restitutorii son quelli per i quali comanda che si restituisca qualche cosa, come sarebbe al possessore il possesso de' beni ereditarii che possiede come erede, o come possessore, o quando comanda che sia restituito il possesso a colui che n' è stato spogliato. Gl'interdetti esibitorii son quelli pei quali comanda che si produca o presenti qualche cosa, come sarebbe, colui della cui libertà si tratta, e che si tiene nascoso, o il libertino, dal quale il padrone reclama i servigi, o i figliuoli che sono in podestà del padre. Sono alcuni i quali giudicano che propriamente si chiamino interdetti quelli che proibiscono, perchè interdire è propriamente denunziare e proibire, e che gl'interdetti restitutorii ed esibitorii sian propriamente chiamati decreti. Nondimeno è prevaluto l'uso che tutti sian chiamati interdetti, quasi detti tra due.

La formola finale per gl'interdetti proibitorii è ordinariamente: *Vim fieri veto*, o *Veto* ; pei restitutori : *Restituas*; e per gli esibitori: *Exibeas.*

Questa prima divisione degl' interdetti avea qualche influenza sulla procedura a seguirsi nel giudizio che s' impegnava in seguito dell' interdetto: «*Et quidem* dice Gaio, *ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero, vel exibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur quae arbitraria vocatur*» (1).

Per dare una idea più compiuta della materia noi qui riporteremo alcuni esempii de' principali interdetti, tra i quali si troveranno spiegati quelli che il nostro testo ha citati.

Così per le cose sacre, l' interdetto che

(1) *Gai*, 4, 141, ed Ulpiano *fragm. Vindobonense* inserito ne testi ante-giustinianei del nostro collega *Blondeau* p. 261.

proibiva di far cosa nocevole in un luogo sacro era compreso in questi termini: « *In loco sacro facere, inve eum immittere quid veto* » (1).

Per le cose religiose, un interdetto proteggeva in questi termini il diritto di sepoltura: « *Quo quave illi mortuum inferre, invito te ius est, quominus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepelire liceat vim fieri veto* » (2).

Ed in un altro, il diritto di innalzare un sepolcro: « *Quo illi jus est invito te mortuum inferre, quominus illi in eo loco sepulchrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto* » (3).

Per le cose pubbliche, vi era un gran numero d'interdetti. Così:

In quanto ai pubblici luoghi, quello che proibiva che vi si facesse cosa che potesse nuocere: « *Ne quid in loco publico facias, sive in eum locum immittas, quae ex re illi damnum detur, praeterquam lege, senatusconsulto, decretove principum tibi concessum est: de eo quod factum erit interdictum dabo* » (4).

Ve n'era un altro che proteggeva il godimento o il percepimento de' diritti di coloro che aveano affittato qualche luogo pubblico (5).

In quanto alle vie e strade pubbliche, l'interdetto seguente vietava che non si facesse alcuna cosa nocevole: « *In via itinereve publico facere immittere quid, quo ea via idve iter deterius fiat veto* » (6). Questo interdetto era proibitorio; un'altro ordinava di restituire, cioè di riparare ciò che si era fatto: « *Quod in via publica itinereve publico factum, immissumve habes quo ea via idve iter deterius fiat, restituas* » (7).

Il seguente proteggeva il diritto di ciascuno di usare della via pubblica: « *Quominus illi via publica itinereve publico ire agere liceat vim fieri veto* » (8).

Un altro, quello di sgombrare e di riparare la via pubblica (9). Ed a questo proposito troviamo ne' giureconsulti romani questa massima: « *Viam publicam populus non utendo amittere non potest* » (10).

In quanto ai fiumi pubblici, avean luogo degl'interdetti somiglianti a questi. Ecco l'interdetto proibitorio che vietava di fare ciò che potesse nuocere alla navigazione: « *Ne quid in flumine publico ripave ejus facias, ne quid in flumine publico neve in ripa ejus immittas, quo statio iterve navigio deterior sit* » (11).

Di poi l'interdetto restitutorio il quale comandava di riparare ciò che si fosse fatto: *Quod in flumine publico, ripave ejus fiat, sive quid in id flumen ripamve eius immissum habeas, quo statio iterve navigio deterior sit, restituas* ».

Due altri l'uno proibitorio, l'altro restitutorio vietavano che si facesse cosa per la quale si potesse mutare il corso dell'acqua, e comandavano che si riparasse quel ch'erasi fatto: « *In flumine publico, inve ripa eius facere aut in id flumen ripamve eius immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto* » (12).

In fine un altro proteggeva il diritto che avea ciascuno di navigare ne' fiumi o nei laghi pubblici, di caricare o di scaricare le navi: « *Quominus illi in flumine publico navem ratem agere, quominus per ripam onerare liceat vim fieri veto. Item ut per lacum, fossam, stagnum publicum navigare liceat interdicam* » (13).

Il testo cita ad esempii d'interdetti esibitorii diversi interdetti relativi a persona. Gaio a questo proposito dà per regola che l'azione *ad exibendum* si dà a colui che ha un interesse pecuniario alla esibizione; che quando si tratta di altro interesse bisogna ricorrere agl'interdetti (14).

Tra quest'interdetti noi porremo in primo luogo quello *de libero homine exibendo*, garentia della libertà individuale che tende ad impedire che un uomo libero non possa esser ritenuto da chicchessia (*tuendae libertatis causa: videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam*) (15); esso è compreso in questi termini: « *Quem liberum dolo malo retines, exibeas* » (16).

Quest'interdetto si da ad ognuno (*hoc interdictum omnibus competit; nemo enim prohibendus est libertati favere*) (17); non-

(1) *D. 43, 6, 1, pr.*
(2) *D. 11, 8, 1, pr.*
(3) *Ivi.*
(4) *Ivi 1, § 5. — D. 43, 8, 2.*
(5) *D. 43, 9, 1 pr.*
(6) *Ivi 8, 2, § 20.*
(7) *D. 43, 8, 2, § 33.*
(8) *Ivi 2, § 43.*
(9) *D. 43, 11, 1, pr.*
(10) *Ivi 2, f. Javol.*
(11) *D. 43, 1. 21. pr.*
(12) Ivi *43, 1, pr.* — L'interdetto restitutorio sul medesimo soggetto è nella medesima legge § 11.
(13) *D. 43, 14.*
(14) *D. 10, 4, 13.*
(15) *D. 43, 29, 1, § 1, f. Ulp.*
(16) *Ivi pr.*
(17) *Ivi 30, § 9.*

dimeno in caso di concorrenza si da alla persona che ha maggiore interesse (1). Esso è perpetuo (2). L' uomo ingiustamente ritenuto debb'esser esibito, cioè prodotto in pubblico (*in publicum producere*)(3), incontanente, senza dilazione (*nec modicum tempus ad eum exhibendum dandum*) (4). Il *Writ d'habeas corpus* degl' Inglesi ha grandissima somiglianza con quest'interdetto.

L' interdetto *de liberis exibendis* è compreso in questi termini: « *Qui quaeve in potestate Titii est, si is eave apud te est dolove malo factum est quominus apud te esset. ita eum eamve exibeas* » (5).

Lo scopo di quest'interdetto, com'è chiaro, era di far presentare al padre di famiglia il figliuolo soggetto alla sua potestà, che era ritenuto o nascosto da qualcuno. Un secondo interdetto *de liberis ducendis* che seguiva a questo tendeva a garentire al padre il diritto di condur via con se il suo figliuolo: « *Si L. Titius in potestate L. Titii est: quominus eum L. Titio ducere liceat, vim fieri veto* » (6).

L'interdetto *de liberto exhibendo* di che parla il nostro paragrafo, ed un frammento di Paolo al Digesto (7) non è pervenuto a noi con le sue proprie espressioni. Esso era dato al padrone per far produrre il liberto che avea contratto rispetto a lui la obbligazione di certi servigi, a fine di farsi rendere questi tali servigi (V. l. p. III.).

L'interdetto relativo all'esibizione di colui, della libertà del quale facevasi questione (*eum cuius de libertate agitur*) dovea darsi ad ogni persona che volea far dichiarare libero, o al contrario far dichiarare schiavo un altro, per fare che innanzi tutto fosse presentato quest' uomo. Ed in questo caso, secondo un frammento di Paolo, vi potrebbe eziandio esser luogo all'azione *ad exhibendum* (8).

In quanto agli altri interdetti citati nel nostro paragrafo e che non abbiamo ancora spiegati, ne faremo parola ne' seguenti paragrafi.

Interdetti per acquistare, per ritenere, per ricuperare il possesso, ed interdetti doppii nel senso che son dati tanto per acquistare, che per ricuperare il possesso.

II. *Sequens divisio interdictorum haec est, quod quaedam* adipiscendae possessionis causa *comparata sunt, quedam retinendae, quaedam recuperandae.*

2. La seconda divisione degl'interdetti è questa, che alcuni interdetti son ritrovati per acquistare il possesso, alcuni per ritenerlo, ed alcuni per ricuperarlo.

Questa divisione non riguarda che gli interdetti relativi al possesso, e son quelli, che Paolo indica generalmente come dati *causa rei familiaris*; *quae ad rem familiarem spectant* (9). Del resto questa divisione si combina con la precedente in questo senso che questi medesimi interdetti riguardati sotto un altro aspetto sono gli uni proibitorii, e gli altri restitutorii.

Adipiscendae possessionis causa. Cioè per acquistare un possesso che non si è mai avuto; per farsi attribuire un possesso del quale taluno è ancora investito. « *Adipiscendae possessionis sunt interdicta*, dice Paolo nel medesimo frammento, *quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem* ».

Le altre indicazioni *retinendae* e *recuperandae possessionis* si comprendono abbastanza per se medesime.

III. *Adipiscendae possessionis causa interdictum accomodatur bonorum possessori, quod appellatur* QUORUM BONORUM. *Ejusque vis et potestas haec est ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei cui bonorum possessio data est restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur qui putat se heredem esse. Pro possessore is possidet qui nullo jure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet. Ideo autem adipiscendae possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque quod appellatur* SALVIANUM *adipiscendae possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset,*

3. L'interdetto per acquistare il possesso s'accomoda al possessore de'beni, ed è chiamato QUORUM BONORUM. La forza e le podestà di cotal interdetto è questa, che chi come erede o come possessore possiede i beni, il possesso de'quali sia stato dal pretore dato a qualcuno, debba restituirli a colui al quale fu dato il possesso. Possiede poi come erede

(1) *Ivi* §§ *10, v seg.* § *12.*
(2) *Ivi* § *15.*
(3) *Ivi* § *8.*
(4) *Ivi 4,* § *2.*
(5) *Ivi 50, 1, pr.*
(6) *Ivi 5, pr.*
(7) *Ivi 1, 2,* § *1, f. Paul. — Gai. 4, 162.*
(8) « *De eo exhibendo quem quis in libertatem vindicare velit huic actioni locus esse potest* » (*D. 10, 4, 12, pr.*)
(9) *D. 43, 1, 2,* § *3.*

quegli che pensa se essere erede, possiede come possessore quegli che senza niuna ragione possiede alcune cose dell'eredità, o tutta l'eredità sapendo che il possesso non appartiene a lui. E si chiama interdetto di acquistare il possesso, perchè esso è utile solamente a colui che vuol ora per la prima volta acquistare il possesso; laonde se qualcuno avendo acquistato il possesso, lo avrà dopo perduto, quest'interdetto non gli giova a nulla. Si è parimente introdotto l'interdetto SALVIANO per acquistare il possesso, e l'usa il padrone del fondo nelle cose che gli affittuali, diedero per pegno della mercede dell'affitto.

QUORUM BONORUM. Noi abbiamo già data un idea sommaria di quest'interdetto (p. 57). Ecco quali ne erano i termini: «*Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo fecisti ut desineres possidere, id illi restituas*» (1).

Quest'interdetto, come vediamo, e come già si è detto nel § 1.° di questo titolo è restitutorio. Esso non si applica a ciascuna cosa ereditaria in particolare, ma alla loro universalità (*ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet*) (2). Esso si da al possessore de'beni, che strettamente non ha alcun diritto alla petizione di eredità, ma che riesce ad ottenere un effetto analogo facendosi mettere in possesso mediante l'interdetto. L'erede non può usar di quest'interdetto che ne'casi in cui alla sua qualità aggiunge quella di possessore de'beni, ed in cui ha accettato questo possesso (3). In questo caso l'interdetto può offrirgli sulla petizione di eredità il vantaggio della celerità e della differenza delle pruove ad arrecare in mezzo; giacchè qui basta di provare ch'egli è possessore de'beni. In quanto alla regola ripetuta dal nostro paragrafo, che l'interdetto si da soltanto contro coloro che posseggono a titolo di erede, o di possessore (*pro herede aut pro possessore*), noi l'abbiamo sufficientemente spiegata (V. 1. p. 408) parlando della petizione di eredità.

Si può in seguito di quest'interdetto citarne un'altro anche relativo alle eredità, e dato eziandio *adipiscendae possessionis causa*: l'interdetto QUOD LEGATORUM dato all'erede o al possessore de'beni per farsi restituir le cose delle quali qualcuno senza loro volontà si fosse messo in possesso a titolo di legato (*legatorum nomine*) (4).

Quod appellatur SALVIANUM. Non si vuol confondere quest'interdetto introdotto dal pretore Salviano con l'azione Serviana della quale qui sopra abbiam ragionato (qui sop. p. 315). Quantunque entrambi tendessero al medesimo scopo, pure ciascuno avea la sua particolare utilità; perciocchè l'uno tendeva allo scopo co'vantaggi di un interdetto, e l'altra con quelli di un'azione, l'uno era un mezzo possessorio e l'altra un mezzo petitorio, ed a spiegar questa doppia via non è necessario supporre che l'interdetto Salviano sia stato pel pretore un avviamento verso l'azione Serviana, e che si sia cessato di farne uso dal punto che quest'azione fu introdotta. L'interdetto Salviano si dava non a qualunque creditore ipotecario, ma soltanto al padrone d'un fondo rustico, sulle cose dell'effittuale o colono che erano state specialmente date in pegno per sicurezza del pagamento della mercede dell'affitto, per farsene attribuire il possesso in difetto di pagamento (5). Noi non troviamo in niun testo che si fosse dato agli altri creditori ipotecarii un interdetto quasi-Salviano, come erasi data loro un'azione quasi-Serviana. Queste medesime cose il proprietario avrebbe potuto perseguire per via d'azione per mezzo dell'azione Serviana: e però bisogna riandare a tal riguardo quel che di già ne abbiam detto. Egli è malagevole a determinare fino a qual punto l'interdetto Salviano poteva esser esercitato contro i terzi detentori. Da una costituzione dell'imperadore Gordiano parrebbe risultare che esso non potevasi esercitare contro altri che l'affittuale o colono medesimo, e che in conseguenza se le cose fosser passate in mano di terzi, la sola via che competeva contro questi terzi era quella dell'azione Serviana (6). Non pertanto Teofilo ci fa positivamente intendere che si dava senza distinzione contro ogni detentore (7), e questa concorda con altri testi, segnatamente con un frammento di Giuliano in cui il medesimo principio è formalmente ammesso (8). Il testo dell'in-

(1) *D. 43, 2.* Quorum bon. *1, pr.*
(2) *D. 43, 2, 1.* § *1.*
(3) *Gai. 3, 34.*
(4) *D. 43, 3.*
(5) *Gai. 4,* § *147.* — *D. 43, 33.* De Salviano interd. — *C. 8, 9.* De precario et Salv. interd.
(6) *C. 8, 9, 1.*: *Id enim* (interd. Salv.) *tantummodo adversus conductorum debitoremve competit*».
(7) TEOFILO, *hic*: «*adversus quemlibet possidentem rem coloni instituetur Salvianum interdictum*».
(8) *D. 43, 33.* De salv. interd. *1, f. Julian.* nel *principium*, ove il giureconsulto da anche contro

terdetto Salviano non è pervenuto fino a noi (1).

IV. *Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta* UTI POSSIDETIS, *et* UTRUBI *cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit utrius eorum possessio sit, non potest petitoris actio institui: quia et civilis et naturalis ratio facit ut alius a possidente petat. Et quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere sempre ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est quod etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio: propter quam causam cum obscura sunt utriusque jura contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem* UTI POSSIDETIS *de fundi vel aedium possessione contenditur;* UTRUBI *vero interdicto de rerum mobilium possessione; quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat. Nam* UTI POSSIDETIS *interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat: si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem, etiamsi alium vi expulerat, aut clam abripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem ut sibi possidere liceret,* UTRUBI *vero interdicto is vincebat qui majore parte eius anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem exaequata est, ut ille vincat et in re soli, et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestationis tempore detinet.*

4. Per ritenere il possesso si danno gl'interdetti UTI POSSIDETIS, ed UTRUBI, quando in una controversia sulla proprietà di una cosa innanzi si ricerca preliminarmente qual dei ligatori debba possedere, e qual chiedere. Dappoichè se non si vedrà prima di chi di loro si è il possesso, non si può istituir l'azione per domandare, mentre la ragion naturale e civile vuol che l'uno possegga, e che l'altro addomandi a chi possiede. E perchè il possedere è più comodo, e migliòr cosa che il chiedere, la contesa del possedere è per lo più e quasi sempre di molta importanza, e grande. Il comodo poi del possedere consiste in questo, che quantunque la cosa posseduta non sia di colui che possiede, nondimeno non potendo l'attore provar quella cosa esser sua, il possesso si resta appresso colui che lo tiene. Laonde è nato per questa cagione, che quando non si sa chi sia il padrone, se il reo, o l'attore, la sentenza si fa contro l'attore. L'interdetto UTI POSSIDETIS ha luogo nella contesa del possesso di fondo o di case, e l'interdetto UTRUBI ha luogo nel possesso delle cose mobili. La forza e l'autorità dei quali interdetti era molto differente appo gli antichi. Per l'interdetto UTI POSSIDETIS vinceva colui che nel tempo dell'interdetto possedeva senza vizio, cioè avea il possesso non usurpato per forza, nè occulto, nè ottenuto per prieghi dall'avversario, quantunque il possessore avesse tolto da un altro per forza il possesso, o nascosamente usurpato, ovvero precariamente ottenuto. Per l'interdetto UTRUBI vinceva colui che per la maggior parte di quell'anno avea posseduto senza vizio di violenza o di possesso occulto, o precario rispetto all'avversario. Ma oggi s'osserva altrimenti; la podestà dell'uno e dell'altro interdetto in quanto al possesso è fatta eguale, cioè sì nelle cose mobili, e sì nelle immobili colui vince che nel tempo della contestazione della lite ha il possesso non per forza, nè ascosamente, nè ottenuto per prieghi dall'avversario.

Il testo dichiara lungamente la principale utilità degl'interdetti *retinendae possessionis causa* allorchè han luogo come un preliminare della contesa sul diritto di proprietà per regolare la parte che ciascun litigante dee rappresentare, e per garentire al possessore i vantaggi della difesa ed il mantenimento del suo possesso fino alla pruova della proprietà.

Ma non si dee pensare che questa sia la sola utilità: quest'interdetti erano adoperati eziandio per farsi garentire nel possesso contro le molestie o violenze che senza spogliare del possesso vi poteano essere arrecate.

UTI POSSIDETIS. Quest' interdetto è compreso ne' seguenti termini: *Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis vim fieri veto. —De cloacis hoc interdictum non dabo: neque pluris, quam quanti res erit intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit agere permittam* » (2).

Quest' interdetto è proibitorio: esso

un terzo acquirente l'interdetto Salviano *utile* per ottenere il possesso del fanciullo nato in sua casa dalla schiava ipotecata, che ha acquistata: e nel § 1, ove il giureconsulto s'esprime a questo modo: « *Adversus* extraneum *Salviano interdicto recte experientur* ».

(1) Gaio cita due altri interdetti che vanno annoverati tra quelli che si danno *adipiscendae possessionis causa*, cioè 1.° l'interdetto possessorio in favore di colui che avea comprata l'universalità dei beni d'un debitore, giusta quel che abbiamo esposto (pag. 70); 2.° l'interdetto *sectorium* in favore di coloro che avean comprati de' beni devoluti per confisca al popolo romano, così chiamato perchè questi tali compratori si chiamano *sectores*, come abbiamo narrato qui sopra pag. 334 nota 3 (*Gai. 4*, §§ *145, e 146*).

(2) *D. 43, 17, 1, pr.* — Si trova parimente questa formola quasi ne' medesimi termini appresso FESTO: « *Possessio est, ut definivit Gallus Ælius, usus quidem agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager; non enim possessio est (e) rebus quae tangi possunt; nec qui dicit se possidere, is vere potest (rem suam) dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex his qui possidet rem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut praetor*

proibisce che si rechi alcun turbamento o violenza a colui che possiede. Benchè questa formola parli soltanto di edifizii, pure si applica a tutti gl'immobili (1). Noi vediamo dalle sue medesime parole che esso è annale, cioè che debb' esser esercitato tra l'anno dal turbamento o dalla violenza a cominciare dal momento che si è potuto agire:

Le parole dell' interdetto; *nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis* richiedono qualche spiegazione. Possedere *vi* significa posseder per violenza; *clam* nascostamente; *precario*, precariamente cioè per effetto di una concessione fatta per le vostre preghiere, la quale non dee durare se non quanto piacerà a colui che ve l'avrà fatta: « *Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu quamdiu is qui concessit patitur* » (2). Ma si avverta bene che per potersi opporre questi vizi del possesso a chi domanda l' interdetto, è mestieri che tali vizii esistano rispetto al suo medesimo avversario personalmente; cioè che al suo medesimo avversario egli abbia tolto per forza, o usurpato nascosamente il possesso, o che da lui egli l' abbia per preghiere ottenuto; perciocchè se questi vizi esistessero rispetto ad un altro e non già all'avversario, ciò non gioverebbe a nulla: l'interdetto proteggerebbe il possesso. Questo è il significato delle parole *alter ab altero*, ed è chiaramente esposto dal nostro paragrafo.

Utrubi. Un frammento di Ulpiano ci fa conoscere la formola di quest'interdetto: « *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, quominus is eum ducat, vim fieri veto* » (3).

L'esempio di detta formola è tratto da un caso di contestazione sul possesso di uno schiavo, ma l'interdetto si estendeva generalmente a tutti gli oggetti mobili. Quì sono ad applicare le osservazioni da noi fatte sull'interdetto precedente relativamente a'vizi del possesso: notando però la differenza in quanto al tempo. Nell'interdetto *uti possidetis* per gl'immobili era mantenuto nel possesso colui che possedeva nel medesimo momento, e nell'interdetto *utrubi* pei mobili, colui che avea posseduto per lo maggior tempo nell'anno. Questa differenza che si osservava anche sotto gl' imperadori Diocleziano, e Massimiano, come lo provano i frammenti del Vaticano, non si osserva più sotto Giustiniano, ed in tutti e due i casi il possesso che è preferito è quello che si da nel momento medesimo della contestazione.

V. *Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed et si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. Per eos quoque apud quos deposuerit quis aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animo quoque retineri possessionem placet, id est ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius, tamen si non derelinquendae possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci vero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.*

5. Pare poi che non solamente possegga colui il quale egli medesimo possiede, ma anche colui a nome del quale un altro possiede, quantunque quest'altro non sia soggetto alla potestà di lui, com'è il colono, e l'inquilino. Pare eziandio che si possegga per mezzo di coloro presso i quali si è depositata, o al quali si è prestata qualche cosa. E per questo è che si dice che ciascuno può ritenere il possesso per mezzo di qualunque persona che sia in possesso a nome di lui. Piace eziandio che il possesso si ritenga col solo animo, cioè che quantunque alcuno non sia in possesso nè egli, nè altri in suo nome, nondimeno se egli si parte dal possesso non con animo di lasciarlo, ma di ritornare, si debba intendere che lo ritenga. Chi sieno poi coloro per mezzo dei quali si può acquistare il possesso si è detto di sopra nel secondo libro, e non è dubbio che il possesso non si può mai acquistar col solo animo.

Noi abbiamo già spiegato i principii enunciati in questo paragrafo, parlando della natura del possesso (V. I p. 225), del modo come si può acquistare (id. pag. 252), o perdere (id. p. 256); sarà dunque sufficiente di ricorrere a quelle spiegazioni.

VI. *Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum* UNDE VI, *per quod is qui dejecit cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui vi dejecit, vi, vel clam, vel precario possidebat. Sed ex sacris constitutionibus, ut supra diximus, si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, domino ejus privatur; si aliena, post ejus restitutionem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, te*

his verbis utatur: Uti nunc possidetis eum fundum *Q. D. A.* quod nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis (quominus) ita possideatis, adversus ea vim fieri veto ».

(1) *D. 44, 17, 1,* §§ *7, c. 8.*
(2) *D. 43, 26, 1, pr. f. Ulp.*
(3) *D. 43, 31.* De utrubi 1, *pr.* — *E Gaio, 4, 160.*

net ur lege Julia de vi privata aut de vi publica: sed de vi privata si sine armis vim fecerit. Sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solum scuta et gladios intelligimus, sed et fustes, et lapides.

6. Si suol dare un interdetto per ricuperare il possesso ogni volta che alcuno è cacciato per forza dal possesso di un podere o di una casa: perciocchè gli è proposto l'interdetto UNDE VI per vigor del quale colui che lo cacciò dal possesso è forzato a restituirglielo, quantunque quegli che ne fu cacciato possedesse per violenza, nascostamente o precariamente rispetto a colui che per forza lo cacciò via. Ma per le sacre costituzioni, come si è detto di sopra, se qualcuno occuperà per forza una cosa, se questa cosa sia ne' suoi beni, ne perderà il dominio, ma se sarà d'altri, dopo averla restituita sarà anche forzato a darne la valuta a colui che ha patito la violenza. E chiunque caccerà altrui dal possesso per forza, è tenuto per la legge Giulia della violenza privata, o pubblica; della violenza privata, se avrà fatto forza senz'armi; della pubblica, se lo avrà cacciato dal possesso con arme. E sotto questo nome di armi s'intendono non solamente gli scudi e le spade, ma anco i bastoni e le pietre.

L'interdetto UNDE VI avea luogo anticamente in due casi ben distinti: secondo che si trattava di violenza a mano armata (*de vi armata*), o di violenza ordinaria (*de vi quotidiana*), cioè senz'armi. Nel caso di violenza ordinaria quegli ch'era stato cacciato da un immobile per violenza, era restituito nel possesso con l'aiuto dell'interdetto, purchè però egli medesimo non possedesse *vi clam o precario*, rispetto al suo avversario (1).

Ma se l'espulsione erasi effettuata a mano armata, si usava maggior severità, e quale che fosse il possesso che si era tolto per forza d'arme, si facea restituir per mezzo dell'interdetto. Così chi avea fatto uso di violenza armata, quando anche ciò avesse fatto per riprendere un possesso che alcuno per violenza gli avea tolto, o che nascostamente, o per prieghi avesse ottenuto, era nondimeno esposto a quest'interdetto (2). In fatti il principio era che in caso di aggressione a mano armata ciascuno poteva adoperar le armi contro le armi non solamente per resistere, ma ancora per ristabilirsi ne' luoghi da' quali per avventura fosse stato scacciato; purchè però ciò seguisse senza intervallo di tempo, ma per così dire in un solo e medesimo combattimento. Perciocchè finita la faccenda, se alcuno dopo l'avvenimento fosse venuto a riprender con la forza delle armi il suo possesso, sarebbe stato soggetto a quest'interdetto (3).

Al tempo di Giustiniano questi due casi son confusi in uno: quale che sia la violenza o armata o no, essa dà luogo all'interdetto, anche nel caso che lo scacciato avesse avuto un possesso violento, clandestino, o precario rispetto al suo avversario. E questo è quel che ci dice il nostro testo.

La formola dell'interdetto UNDE VI è stata inserita nel Digesto secondo un frammento di Ulpiano: Essa è compresa in questi termini: « *Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eo quaeque ille tunc habuit, tantummodo intra annum, post annum de eo quod ad eum pervenit judicium dabo* (4) ».

Ma siccome questa non fa menzione alcuna della natura del possesso, *vi*, *clam*, o *precario*, nè della natura della violenza armata o non armata, è da credere che per metterla di accordo col nuovo sistema vi sia stata soppressa qualche parola.

Quest'interdetto UNDE VI avea luogo solamente per gl' immobili; perciocchè riguardo a' mobili rapiti per violenza il possessore poteva agire con l'interdetto UTRUBI in quanto al possesso, ed in quanto all'azione con quella *vi bonorum raptorum*, o *furti*, o *ad exhibendum* (5).

Osserviamo pertanto che per la costituzione di Valentiano, Teodosio, ed Arcadio indicata qui sopra (lib. IV. tit. 2 § 1.) trovasi egualmente repressa l'occupazione violenta così de' mobili come degli immobili.

Noi vediamo eziandio dal testo dell'interdetto *unde vi* ch'esso era *annale*.

Tenetur lege JULIA DE VI PRIVATA AUT PUBLICA. Quì si tratta delle publiche accuse, e delle pene criminali, alle quali indipendentemente dalle azioni civili è esposto colui che ha commesso la violenza. Noi ne tratteremo indi a poco al § 8. del titolo 18 che seguirà.

Tra gl' interdetti *recuperandae possessionis causa* si può citar anche l'interdetto DE PRECARIO dato a colui che ha conceduto un immobile a titolo precario, per farsene restituire il possesso dal concessionario che ricusi di restituirlo. Quest'interdetto è espresso in questa forma: « *Quod pre-*

(1) *Gai, 4, 154.*
(2) *Ivi 155.*
(3) *D. 43, 16, 3, § 9. f. Ulp.*
(4) *Ivi 1, pr.*
(5) *Ivi 1, §§ 3, a. 7.*

cario ab illo habes, aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas (1).

In fine noi avremmo ancora a riferire un gran numero d'interdetti, i quali vanno allogati nell'una o nell'altra delle divisioni precedentemente fatte; come gl'interdetti relativi a diritti d'uso, o di servitù: *de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et aestiva, de rivis, de fonte, de cloacis, de superficiebus*; ed ancora quelli: *quod vi aut clam, de arboribus caedendis de glande legenda, de migrando, de tabulis exhibendis, de remissionibus*; ma i limiti di quest'opera non cel consentono (2).

Faremo osservare che le formole degli interdetti, le quali ci sono state conservate ci vengono tutte, generalmente, dai frammenti d'Ulpiano che si trovano nel Digesto.

Dobbiamo alla recente scoverta d'un frammento di questo giureconsulto la conoscenza d'una quarta maniera d'interdetti, che si rannodano alla divisione da noi esaminata. In fatti l'enumerazione la quale comprende in questa divisione questi soli tre termini: interdetti *adipiscendae*, interdetti *retinendae*, ed interdetti *recuperandae possessionis causa* non è compiuta: vi manca un quarto termine che ci era parimente indicato da un frammento di Paolo messo nel Digesto: « *Sunt interdicta* (*ut diximus*) *duplicia tam recuperandae quam adipiscendae possessionis* (3)». Sicchè oltre ai già esposti vi ha degl'interdetti doppi in questo senso che son dati tanto per acquistare un possesso che mai non si è avuto, quanto per ricuperar quello che si è perduto.

Ma dove trovar degli esempi di cosiffatti interdetti? Cujacio avea indarno fatto ogni suo sforzo per venirne a capo, ma tornati vani tutti i suoi sforzi egli ebbe a dire:» si raccolgano, si percorrano, si discutano tutti, se mai se ne troverà un solo di tal natura, io voglio che d'ora in poi non si aggiuti più fede a tutto ciò che affermerò sul diritto civile (4). Si era dunque conchiuso che questo passo del Digesto era stato alterato, corrotto, e che questa specie d'interdetti non esisteva.

Un frammento d'Ulpiano scoverto nella biblioteca del palazzo imperiale di Vienna dal bibliotecario Endlicher è venuto a rivelarci in questi termini gli esempii tanto cercati: (sunt etiam interdicta duplicia, tam) « *adipiscendae quam recuperandae possessionis, qualia sunt interdicta* QUEM FUNDUM et QUAM HEREDITATEM: *nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive numquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem* ».

Questa maniera d'interdetti dipende da una particolarità della procedura romana. In un'azione *in rem* il convenuto che possedeva la cosa reclamata era tenuto, come abbiam veduto (p. 298) a dare sicurtà per la restituzione della cosa e dei suo accessorî (la sicurtà *pro praede litis et vindiciarem*; più tardi la sicurtà *iudicatum solvi*) in caso che perdesse la lite. Se egli ricusava di dar questa ricurtà (*si lis defendatur*), si riputava di abbandonare la lite, e la conseguenza era che era obbligato da quel momento, e per questo solo riguardo, di trasferire all'attore il possesso della cosa litigiosa (pag. 390). Quest'ordine gli si dava con l'interdetto QUEM FUNDUM, il quale si può congetturare che fosse espresso presso a poco in questi termini: « *Quem fundum Aulus Agerius a te petit, si litem non defendas, ita eum illi restituas* » Da cosiffatto trasferimento di possesso risultava che le parti dei litiganti erano invertite, e che se il convenuto primitivo volea reclamare e menare innanzi il giudizio, era tenuto di far la parte di attore, e di provare il suo diritto di proprietà, giacchè il possesso era passato al suo avversario.

Il medesimo gioco di procedura avea luogo nella petizione di eredità, per mezzo dell'interdetto QUAM HEREDITATEM, nella petizione d'un diritto di usufrutto, per mezzo dell'interdetto QUEM USUM-FRUCTUM secondo che ne insegnano i *Fragmenta Vaticana* (5); e probabilmente anche nella petizione di qualunque servitù (6).

Adunque l'effetto di questi interdetti era, come dice Ulpiano, o di far acquistare per

(1) *D. 43, 26, 1, pr.*
(2) *Ivi tit. 18, e seg.*
(3) *D. 43, 1.* De interd. *2, § 3, in fin. Ulp.*
(4) *Cuiac.* observ. *IV, 11.*
(5) *Vatic. J. R. Fragm.* § *92.* « *Ulpianus lib. 4.* De interd. *sub titulo* a quo ususfructus petatur, si rem nolit defendere. *Sicut corpora vindicanti ita et ius, satisdari oportet; et ideo necessario exemplo interdicti* QUEM FUNDUM *proponi etiam interdictum* quem usumfructum *vindicare velit de restituendo usufructu* ».
(6) *D. 39, 2.* De dam. inf. *45, f.* Scaevola che si dee spiegare per questo trasferimento di possesso.

la prima volta all'attore il possesso della cosa litigiosa, s' egli non l'avea mai avuto, o di fargliclo ricuperare, se lo avea avuto per l' innanzi. Ed in questo senso eran chiamati doppi (1). Il loro impiego sotto Giustiniano era caduto in disuso; e però ne' testi di quest' imperadore non se ne fa più parola; ed è per inavvertenza che i compilatori del Digesto ne han conservato la menzione nel sopracitato passo di Paolo, quantunque ne abbian soppresse le cose.

Questa denominazione d'interdetti doppi era data eziandio in un altro senso che forma l'oggetto della seguente divisione.

Interdetti semplici ed interdetti doppii nel senso che ciascuna delle parti vi fa ad un tempo la parte di attore e di convenuto.

VII. *Tertia divisio interdictorum haec est quod aut simplicia sunt aut duplicia. Simplicia sunt veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria. Namque actor est qui desiderat aut exhiberi, aut restitui, reus is est a quo desideratur ut restituat aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum prohibet praetor in loco sacro, vel in flumine pubblico ripave eius aliquid fieri: nam actor est qui desiderat ne quid fiat; reus qui aliquid facere conatur.* Duplicia sunt veluti *UTI POSSIDETIS* interdictum, *et UTRUBI. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet.*

7. La terza divisione degl'interdetti è che essi sono o semplici o doppii. I semplici sono come gl'interdetti ne' quali uno è l'attore, e l'altro il reo, e tali sono i restitutorii, e gli esibitorii. Dappoichè quegli il quale desidera che si produca o si restituisca è l'attore, e colui dal quale si desidera che produca o restituisca, è il reo. Ma degl'interdetti proibitorii alcuni son semplici, alcuni doppii. I semplici sono come sarebbe quando il pretore proibisce che non si faccia qualche cosa o in luogo sacro, o nel fiume pubblico, o sulla ripa, perchè colui è attore che desidera che non sia fatto, e colui è reo che s'ingegna di fare. *I doppii sono gl'interdetti* UTI POSSIDETIS *ed* UTRUBI. E son chiamati doppii, perchè la condizione dell'uno, e dell'altro de' litiganti è uguale, e niuno di loro è precisamente inteso che sia reo o attore, ma ciascun di loro ha luogo di reo e d'attore.

Duplicia sunt, veluti UTI POSSIDETIS *interdictum* UTRUBI. Questi due interdetti sembrano citati qui, ed in Gaio, come esempii; ma noi non ne conosciamo altri che abbiano il medesimo carattere. Questa qualificazione di *doppii* si applica egualmente alle tre azioni: *Finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo*, nelle quali ciascuna parte è parimente ad un' ora attore e reo. Si dice eziandio nel medesimo senso che quest'interdetti, e queste azioni son *miste* (2). Imperocchè sotto questo rispetto, le qualificazioni di *doppii* e di *misti* son sinonimi (3). Questa natura speciale dell'interdetto era importante per l'esito della lite; perciocchè ciascuna delle parti non essendo attrice o convenuta più che l'altra, vi era luogo a condanna o ad assoluzione così rispetto all'una che all'altra (4). Gaio a proposito di questa uguaglianza di posizione delle due parti ci fa osservare che il pretore l'ha serbata anche nella formola di questi due interdetti; perocchè egli nei medesimi termini comprende le due parti in un tempo medesimo (*pari sermone cum utroque loquitur*) UTI POSSIDETIS; UTRUBI HIC HOMO... FUIT (5).

Della procedura in materia d'interdetti

VIII. *De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quotiens extra ordinem ius dicitur, qualia sunt hodie omnia iudicia, non est necesse reddi interdictum; sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

8. Oggi è superfluo ragionare dell'antico ordine ed esito degl'interdetti; poichè ogni volta che si rende giustizia straordinariamente (ed oggi tutti i giudizii sono straordinarii) non v' è mestieri d'interdetti, ma si giudica senza interdetti, come se si fosse data un'azione utile in seguito dell' interdetto.

Gaio nelle sue Istituta dopo aver trat-

(1) Questo frammento di Ulpiano relativo agl'interdetti *quem fundum* e *quam hereditatem* ci da la spiegazione di parecchie leggi, il cui senso era rimasto più o meno oscuro: segnatamente *D. 6, 1*. De re vind. *80, f. Fur. Anthian.* — *39, 1*. De oper. nov. nuntiat. *15, f. Afric.* — *C.8, 6*, uti possid. *1, const. Diocles. et Maxim.* — Vedi relativamente alla scoverta di questo frammento, ed ai suoi risultamenti scientifici ciò che il nostro collega sig. PELLAT ne ha pubblicato nella *Revue de legislation* et *de iurisprudence* an. 1836 t. 4 pag. 411 e seg. — Si troverà il testo di questo frammento sotto il titolo di *Ulpiani fragmentum vindobonense*, nella collezione de' testi antegiustinianei fatta pel nostro collega sig. *Blondeau* p. 261.

(2) *D. 44, 7, 37, § 1, f. Ulp.*

(3) *D. 10, 3, 2, § 1, f. Gai.* — *10, 1, 10, f. Julian.*

(4) Mentre che per regola ordinaria vi è luogo a condanna soltanto contro il convenuto, e ad assoluzione se vince la lite.

(5) *Gai. 4, 160.*

tato degl'interdetti, trattava della loro procedura e del loro esito (1). Questa parte del manoscritto ci è pervenuta con numerose lagune; nondimeno noi ne diremo qualche parola per darne un' idea sommaria.

La *vocatio in jus* per la domanda d'un interdetto si faceva nel medesimo modo che per la domanda di un'azione. Vi erano i medesimi mezzi di costringimento, e se il convenuto si nascondeva, o era assente senza che niuno si presentasse per sostener la difesa, poteva aver luogo l'immissione in possesso dei suoi beni (2).

Venuti *in jure* innanzi al magistrato, se il convenuto confessava i fatti, riconosceva il diritto del suo avversario, ovvero se essi erano evidenti, era inutile di andare più innanzi. Siccome in una domanda di azione, il pretore, se vi era confessione non dava l'azione cioè una formola per istituire un'istanza innanzi ad un giudice, nello stesso modo nel nostro caso egli non dava interdetto; ma pronunziava egli medesimo; in forza della sua *jurisdictio*, e del suo *imperium* dava un ordine immediatamente obbligatorio, che, occorrendo, avrebbe fatto eseguire con la forza di cui disponeva, e per mano de' suoi ufiziali (*sua potestate, manu ministrorum* (3).

Ma quando questa confessione, questo riconoscimento non avean luogo, vi era materia di lite; il pretore rendeva il suo interdetto che dovea formar la legge particolare di questo giudizio. Persistendo intorno a ciò la contesa, aveasi ad organizzare un'istanza. Ma innanzi a qual giudice, e con qual procedura? Questa è la quistione che ora ci facciamo ad esaminare.

Noi crediamo che nell'origine del sistema formolario per tutti gl'interdetti non vi sia stata che una sola e medesima procedura, la procedura *per sponsionem*. Noi sappiamo che questa *sponsio* fu una delle prime derivazioni del *sacramentum*, un procedimento di transizione per passare dal sistema delle azioni della legge ad un sistema meno rigoroso. Noi sappiamo come le parti in luogo di deporre il *sacramentum*, furono da prima ammesse a promettere soltanto il pagamento per promessa verbale quiritaria (*per sponsionem*), e con mallevadori (*praedes*), di poi a promettersi scambievolmente per cosiffatta promessa, ma senza mallevadori (*per sponsionem*) il pagamento d'una somma che si guadagnava non già dal tesoro pubblico, ma dalla parte vittoriosa. Di maniera che la procedura s'impegnava per una specie di scommessa preliminare, di cui ciascuna delle parti correva il rischio, pel caso in cui perderebbe la lite. (V. intorno a ciò qui sop. p. 295). Estesa a' cittadini questa prima forma del sistema formolario, questa forma transitoria fu applicata agl'interdetti, e vi fu conservata. L'attore il quale pretendeva essersi violato, o non eseguito l'interdetto provocava il reo per una *sponsio*, il cui senso appropriato a ciascun caso, ed a ciascuna specie d'interdetto era per esempio, per un' interdetto proibitorio presso a poco il seguente: « *Se tu hai fatto qualche cosa contro l'editto del pretore che ci ha dato l'interdetto prometti di dar tanto*»? Il convenuto dopo aver promesso interrogava alla sua volta l'attore per una stipulazione inversa detta per tal cagione *restipulatio*, presso a poco in questo senso: «*Se io non ho fatto nulla contro l'editto del pretore che ci ha dato l'interdetto, prometti tu di dar tanto?* » (4) Sulla risposta affermativa la reciproca scommessa trovavasi impegnata, ed il litigante che succombeva, oltre le conseguenze della perdita della lite, dovea anche pagare la somma che avea scommessa. Perocchè la *sponsio* in materia d'interdetti era seria ed effettiva; essa avea un carattere penale che costituiva la punizione della lite ingiusta (ved. qui sopra

(1) *Ivi 161, e seg.*

(2) « *Hoc interdictum et in absentem esse rogandum Labeo scribit, sed si non defendatur, in bona ejus eundum ait* » (*D. 43, 29.* De homine libero exhibendo *5, § 14, f. Ulp.*) La facoltà di fare la domanda dell'interdetto anche contro un avversario assente sembra esser qui una particolarità eccezionale.

(3) « *Et si alia quacumque actione civili, vel honoraria, vel interdicto exhibitorio, vel restitutorio, vel prohibitorio, dum quis convenitur, confiteatur: dici potest in his omnibus subsequi praetorem voluntatem orationis Divi Marci debere: et omne omnino quod quis confessus est pro judicato haberi* » (*Dig. 42, 2.* De confess. *6, § 2, f. Ulp.* — « *Si quis forte confiteatur penes se esse testamentum, jubendus est exhibere: et tempus ei dandum est ut exhibeat, si non potest in praesentiarum exhibere, sed si neget se exhibere posse, vel oportere, interdictum hoc competit* » (*D. 43, 5.* De tabul. exhib. *1, § 1, f. Ulp.*) — Vedi eziandio la nota 3 della pag. 419.

(4) « *Nam actor provocat adversarium sponsione*: Si contra edictum praetoris non exhibuerit, aut non restituerit; *ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur* » (*Gai. 4, § 165.*) — Ved. un esempio formolario di cosiffatta *sponsio* e *restipulatio* per l'interdetto *uti possidetis* in Gaio *Com. 4, § 166.*

p. 359). E però Gaio dice di questa procedura degl'interdetti, che vi si agiva *cum poena*, *cum periculo* (1).

Com'è avvenuto che questa procedura fu nell'origine del sistema formolario la procedura di tutti gl'interdetti, e che vi si mantenne sempre come regola comune? questo si può spiegare in due modi. Primamente essendo stata questa procedura il primo procedimento transitorio per passar dalle azioni della legge all'uso delle formole anco tra cittadini, si comprende che gl'interdetti sotto il regime formolario abbian dovuto cominciar di là. Vi era inoltre per gl'interdetti una ragione particolare che fece mantener quest'uso delle *sponsiones* e delle *restipulationes* anche dopo il compiuto svolgimento del sistema formolario. L'interdetto era di diritto pretorio, non già di diritto civile. Esso era un ordine del magistrato, una legge particolare alla causa e personale alle parti, che suppliva alle lagune della legge generale: poggiando quest'interdetto sulle *sponsiones* e sulle *restipulationes* si perveniva ad un vero impegno di diritto civile quiritario; e si facea la via a poter ordinare sopra di esso un giudizio civile. E chiaro che questo è assolutamente il medesimo procedimento che si adoperava per piegare le azioni reali all'uso delle formole (qui sopra p. 298). Da ultimo perchè la formola qui non è puramente comminatoria, pregiudiziale; perchè è seria e reale, con un carattere penale, reciproca tra le parti, e veramente esigibile da quello tra' litiganti che perderà la lite? Ciò avviene evidentemente per dare una sanzione più forte all'ordine del pretore, acciocchè in queste materie d'interesse pubblico soggette a risse ed a vie di fatto, la tema di perder la somma della scommessa sia una ragione di più per prevenire le ingiuste lili.

Stabilite in tal guisa le basi preliminari del giudizio, le parti riceveano dal pretore una formola d'istanza, che le rinviava innanzi ad un giudice, innanzi a ricuperatori, da'quali doveasi giudicar la lite, e pronunziar la sentenza (2).

Si potrebbe congetturare che il pretore dava i ricuperatori nel caso che l affare si presentava in modo da poter subito o almeno prontamente esser giudicato da' ricuperatori presi in quel medesimo istante tra gli assistenti (*repente apprehensi*): « *ut quamprimum res iudicaretur* » secondo le espressioni di Cicerone; «*ut protinus a recuperatoribus... condemnetur*» secondo quelle di Gaio (*II st. du dr.* n.° 35). Potrebbe anche stare che i termini per la nomina del giudice, o per la spedizione dell'istanza avanti di lui fosser più brevi in materia d' interdetti che negli ordinarii giudizii; ovvero che altre regole tendessero ad accelerare la risoluzione dell'affare. Così gl'imperadori Valentiniano, Valente, e Graziano ci dicono nel Codice di Teodosio che non vi sarà luogo ad appello nell' interdetto QUORUM BONORUM, acciocchè quel che fu ritrovato per cagion di celerità (*quod beneficio celeritatis inventum est*) non sia tratto in lungo (3). Checchè ne sia, queste regole particolari di maggiore celerità e speditezza non ci son note, e bisogna pur confessare che l' acceleramento non si trovava ne'preliminari per la spedizione dell' azione; perciocchè si dovea cominciare dall'ottener l'interdetto innanzi che si potesse dar luogo all' azione. Ma l' intervento preliminare del pretore da prima, e di poi l' ordine immediatamente esecutorio per mezzo de' suoi uffiziali, (*manu ministrorum*), se i fatti eran riconosciuti, o manifesti; ed in fine il pericolo delle *sponsiones* e *restipulationes* se s'impegnava un giudizio sull' interdetto, tutte queste cose erano tante cagioni che in cotali affari sottomessi alla vigilanza speciale dell' autorità poteano arrestare la contestazione fin dal principio, e prevenire la lite.

Ma secondo il sistema formolario si svolse, questa procedura *per sponsionem et restipulationem* potè esser surrogata, rispetto a taluni interdetti, da una procedura più semplice e meno pericolosa. In fatti quando l'interdetto dato dal pretore era di quelli che comandavano di restituire o presentar qualche cosa (RESTITUAS, EXHIBEAS) non era logico, nè conveniente, che la lite terminasse con una semplice condanna pecuniaria quali eran tutte quelle del sistema formolario. Ciò che era a desiderare è che se la restituzione, o la produzione era riconosciuta giusta dal giudice, potesse il reo o volontariamente, o astretto, se facea mestieri (*manu milita-*

(1) *Gai. 4, §§ 141, 162.*

(2) « *Ad judicem recuperatoresve itur, et tum ibi, editis formulis, quaeritur an aliquid adversus praetoris edictum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit* » (*Gai. 4, § 141*).

(3) « *In interdicto* QUORUM BONORUM *cessat licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur injuriis tarditatis* » (*C. Theod. 11, 36.* Quorum. appellat. non recit. 22, *const. Val. et Grat*).

ri), esser obbligato a farla in natura. La medesima necessità erasi fatta sentire per le azioni reali, e noi sappiamo come il pretore vi avea felicemente provveduto immaginando la formola arbitraria (qui sopra p. 324). Non rimanea dunque che applicar questa formola agl'interdetti restitutorii, o esibitorii. Sicchè in questo genere d'interdetti il pretore dà semplicemente alle parti una formola arbitraria (*formulam arbitrariam*) per la quale mediante l'aggiunzione di queste due parole NISI RESTITUAT, NISI EXHIBEAT, il giudice riceve il potere che trovando giusta la domanda dell'attore ordini a suo arbitrio con un *iussus* preliminare, quel che si debba fare per satisfare all'attore. Se questa satisfazione è data, il reo è assoluto, se no è condannato a'danni interessi (*quanti ea res est*) (1). Ma in tutti i casi niuno de'litiganti corre il rischio d'una pena somigliante a quella della procedura *per sponsionem*, perchè non vi è stata alcuna scommessa. E però Gaio dice di questa seconda maniera di procedura, che vi si proceda *sine poena, sine periculo*. In somma siccome le azioni, nelle quali si tratta di restituire o produrre (cioè le azioni *in rem, finium regundorum, doli mali, quod metus causa, ad exhibendum*) sono organizzate da una formola arbitraria (qui sopra pag. 325), del pari gl' interdetti restitutorii o esibitorii son suscettivi di cosiffatta formola. Quel che in entrambi determina l'uso di questa formola è sempre il carattere di restituzione (2).

Per darsi però alle parti questa procedura più semplice è mestieri che il reo (o anche l' attore) la richiegga dal pretore immediatamente dopo dato l' interdetto, prima di uscire dal suo tribunale, in guisa che il giudizio sia incontanente organizzato « *Observare debet is qui volet arbitrum petere, ut ita cum petat, antequam ex jure exeat, id est antequam a praetore discedat: sero enim petentibus non indulgebitur* (3) ». E questo è senza dubbio perchè trattandosi d'una cosa di cui si chiede la restituzione, o la presentazione, il convenuto sa bene quel ch'egli si debba fare, sa bene se egli deve o no questa tale restituzione o presentazione; e però è mestieri che prenda subito il suo partito. Altrimenti più tardi il giudizio si dovrà istituire secondo la regola comune con una scommessa preliminare e reciproca, nella quale l'attore provoca il reo con questa *sponsio*: SI CONTRA EDICTUM PRAETORIS NON EXHIBUERIS, NON RESTITUERIS, etc. » (se contro l'editto del pretore tu non hai restituito, o non hai presentato... etc.); ed il reo alla sua volta provoca l' attore con una *restipulatio* inversa; ed allora ciascuno d'essi corre il pericolo di perder la somma della scommessa (4).

In quanto agl'interdetti proibitori, essi son rimasti sempre soggetti alla procedura primitiva, cioè alla procedura *per sponsionem*, e sono estranei alla *formola arbitraria*. In fatti in questi interdetti si tratta del divieto di un atto nocivo, fatta astrazione da ogni idea di restituzione. Se questo divieto è stato violato, la violazione commessa e consumata è naturalmente repressa con una condanna pecuniaria (5). P. e. se voi m'avete impedito di passar per la via pubblica, di navigar per un fiume, di portare un morto dove ne avea il diritto; se avete profanato un sepolcro, o una cosa sacra, da che non si tratta di dover restituire o presentare, la riparazione naturalmente si risolve in una somma di danaro. Non è necessario di allontanarsi dalle regole della condanna formolaria. Sicchè qui non verificandosi l' utilità della formola arbitraria, quest'interdetti rimangono soggetti alla procedura *per sponsionem* (6).

---

(1) *Gai. 4, § 165.*

(2) Così si arriverà p. e. per gl'interdetti restitutorii a far riparare, ristabilire, restituir veramente ciò che sia stato fatto di nocevole alla via pubblica, o alla navigazione de' fiumi, o al corso delle acque; a far restituire in natura al possessore dei beni il possesso delle cose ereditarie (interdetto *quorum bonorum*); o all'erede quello de' legati di cui alcuno senza sua volontà si fosse messo in possesso (interdetto QUOD LEGATORUM); o al padrone di un fondo rustico quello delle cose specialmente obbligate al pagamento del fitto (interdetto SALVIANUM); o a chiunque ne abbia il diritto quello delle cose tolte per forza (interdetto UNDE VI), ottenute a titolo precario (interdetto DE PRECARIO), e tanti altri ancora. Parimente per gl'interdetti esibitorii, a far presentare in natura le tavole del testamento, o in persona, l'uomo libero, il figliuolo di famiglia, il libertino di cui si richiede la presentazione (interdetti *de tabulis, de homine libero, de liberis, de liberto exhibendis*).

(3) *Gai. 4, § 164.*

(4) *Gai. 4, § 165.*

(5) L'idea di restituzione è generalmente trasandata in questi tali interdetti, e ciò che lo prova è che sovente a proposito delle medesime cose, l'editto oltre l'interdetto proibitorio pel divieto degli atti nocivi, conteneva un interdetto restitutorio per lo ristabilimento delle cose nello stato primiero, se vi era luogo (qui sopra pag. 422.

(6) « *Et modo cum poena agitur, modo sine poena, cum poena, velut cum per sponsionem* »

Questa è la progressione storica che secondo il nostro avviso la procedura formolaria ha seguita in materia d'interdetti. Quel che ci rende sicuri della verità della nostra opinione è che questo andamento è al tutto naturale, e si accorda con le altre istituzioni del sistema, e soprattutto che essa sola basta a render conto nella più semplice maniera, di diversi punti oscuri intorno ai quali le spiegazioni che in fino ad ora si son proposte ci son sempre parute inesatte, o insufficienti (1).

A queste nozioni sulla procedura generale in materia d' interdetti bisogna aggiungere alcuni particolari relativi a taluni casi particolari o a certi interdetti speciali.

L'azione che i Romani chiamavano *judicium calumniae* che tendeva a reprimere le liti mosse di mala fede, e che il convenuto avea il diritto d'intentare per opporsi alla domanda dell'attore era applicabile così in materia d' interdetti, come nelle azioni ordinarie; ma con questa differenza che l' attore convinto di aver agito di mala fede, era condannato nelle azioni ordinarie soltanto al decimo del valore della causa, mentre in materia d' interdetti era condannato al quarto, novella pruova che il pretore negl' interdetti cercava anche più energicamente che nelle azioni ordinarie, di prevenire le ingiuste liti (2) Gaio unisce questo particolare alla descrizione della procedura generale degl'interdetti per far avvertire che negli interdetti restitutorii o esibitorii, quando l'istanza è stata organizzata da una formola arbitraria, l'attore non corre alcuna specie di rischio, salvo che il convenuto non replichi contro la sua domanda col *iudicium calumniae* sostenendo la domanda esser fatta di mala fede, e per vaghezza di cavillare. Allora, in fatti, se la mala fede fosse provata, l'attore sarebbe condannato al quarto del valore della causa (3).

Gl' interdetti che eran doppi (*duplicia*) nel senso che la condizione delle due parti era uguale rappresentando ciascuna in un tempo medesimo la parte di attore e di reo, cioè gl'interdetti UTI POSSIDETIS, ed UTRUBI (qui sop. p. 429) offrivano una particolarità che merita di esser notata. In essi, a cagione della doppia parte che ciascuno de' litiganti sosteneva, la *sponsio* e la *restipulatio* erano parimente doppie, perciocchè ciascuno de'litiganti dovea fare alla sua volta e l' una e l'altra. Così p. e. ne'due interdetti di che si ragiona, siccome ciascuno de'litiganti pretendeva di esser possessore, uno di essi indifferentemente impegnava la scommessa per una *sponsio* formata presso a poco in questo senso: *se il possesso è mio prometti tu di darmi tanto?* Al che l'altro dopo aver risposto affermativamente replicava con una *restipulatio* inversa: *se al contrario il possesso non è tuo, prometti tu di darmi tanto?* Ecco la *sponsio* e la *restipulatio* rispetto ad uno de'litiganti. Ma siccome l'altro non si limitava a negare il possesso del suo avversario, ma sosteneva di esser egli possessore, e dovea aver nella procedura una

gitur; sine poena, velut cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis, modo per sponsionem modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur» (Gai. 4, § 141). Parimente nel paragrafo 162: *Igitur cum restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur... modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo».* Lo stesso raccogliamo eziandio da un frammento delle Istituta di Ulpiano scoverto nella biblioteca di Vienna dall'ENDLICHER: « (*restitutoria* vel *exhibitoria per formulam*) *arbitrariam explicantur aut per sponsionem; semper prohibitoria vero per sponsionem explicantur — Restitutorio vel exhibitorio interdicto reddito, si quidem arbitrum postulaverit is cum quo agitur, formulam accipit arbitrariam, per quam arbiter...* » Di un interdetto restitutorio messo in opera con la procedura per *sponsionem* si tratta nell'orazione di CICERONE *pro Caecina c. 8... His rebus ita gestis P. Dolabella praetor interdixit, ut est consuetudo* de vi hominibus armatis, *sine ulla exceptione, tantum, ut unde dejecisset restitueret. Restituisse se dixit, sponsio facta est. Hac de sponsione vobis judicandum est».*

(1) Così non sapremmo ammettere la maniera con che lo ZIMMERN (§ 71, nota 15.) seguendo l'Huschke crede poter spiegare la differenza di procedura tra gl'interdetti restitutori o esibitori, e gl'interdetti proibitorii dicendo che in quest'ultimi vi è sempre a reprimere un attentato ai diritti altrui. Quest'attentato vi è sempre anche nel caso degl'interdetti restitutorii, o esibitorii, e spesso ancora in un grado più alto: p. e. quando vi è stato spodestamento per violenza; ma la restituzione, l'esibizione di che si tratta ha nel nostro caso provocato l'uso della formola arbitraria, allo stesso, modo che nelle azioni restitutorie o esibitorie.

(2) « *Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partis causae; adversus interdicta autem quartae partis causae* » (*Gai. 4, § 175*).

(3) *Gai. 4*, § 163. La fine di questo paragrafo ci è pervenuta molto alterata. Gaio vi parlava d'una quistione agitata tra le due scuole. Nelle congetture fatte per riempire questa laguna si è supposto che si trattava di sapere se il *iudicium calumniae* poteva aver luogo da parte dell'attore contro il reo. Ma questa supposizione a noi pare molto problematica.

posizione in tutto uguale a quella della parte avversa, così anch' egli faceva alla sua volta la medesima *sponsio* seguita dalla medesima *restipulatio*; di tal maniera che colui il quale si trovava aver torto perdeva oltre la lite la doppia scommessa, cioè l'ammontare della sua *sponsio* e quello della sua *restipulatio* (1).

Finalmente un' altra particolarità ben degna di attenzione ci si presenta nell'interdetto UTI POSSIDETIS. Quì la procedura oltre le forme generali che abbiam descritte è complicata d'incidenti al tutto particolari, Sventuratamente il manoscritto di Gaio offre numerose lagune nel passo che vi è relativo. Ma noi pensiamo che si possa in qualche modo rischiarar l'oscurità che risulta da cotali lagune ponendo mente alla storia di cos'ffatte istituzioni, e soprattutto a ciò che si praticava in caso di reclami di proprietà nell'azione della legge *per sacramentum* (quì sopra p. 277 e seg.), e più tardi nella procedura *per sponsionem* (quì sopra p. 294).

In fatti pare che il pretore per la procedura relativa alle dispute del possesso siasi regolato coll'imitazione di quella relativa alle dispute sulla proprietà. Come nell'antica azione della legge *per sacramentum*, così anche nell' interdetto UTI POSSIDETIS i due litiganti sono a principio in una condizione perfettamente uguale; non v'è attore, non v'è convenuto; ciascuno si pretende possessore. Nondimeno nel corso della lite a chi sarà conceduto il possesso provvisorio della cosa co' suoi frutti? Come nell'azione della legge, così pure in quest' interdetto è mestieri risolver da prima questa quistione preliminare: Quì essa si risolve mediante una licitazione tra i due litiganti (*fructus licitatio*; *contentio fructus licitationis*): quegli che offrirà la maggior somma riterrà la cosa, e ne raccoglierà i frutti durante la lite. Di lui si dice che è rimasto vittorioso nella licitazione de'frutti (*fructus licitatione vicit*) e dell'altro ch'egli è stato vinto (*fructus licitatione victus est* (2). Questa *fructus licitatio* dell' interdetto corrisponde al *vindicias secundum alterum dicere* dell'azione della legge (qui sopra p. 281). Non pertanto l'ammontare della licitazione non è veramente il prezzo de' frutti interini, ma è una somma penale che il licitante si obbliga di pagare in caso di perdita della lite, come per pena di aver cercato per questo modo di ritenere un possesso ed un godimento che apparteneva ad altri (3). Del rimanente questi frutti interini non si acquistano definitivamente da lui. Se egli guadagna la lite, li riterrà insiem con la cosa litigiosa, senza neppur pagare la somma penale della licitazione; ma se la perde, converrà che oltre al pagamento della somma penale della licitazione restituisca eziandio la cosa ed i frutti interini. Come nell' azione della legge egli garentisce questa restituzione con una promessa speciale con mallevadori, così pure nel nostro caso la garentisce con una stipulazione speciale detta *fructuaria stipulatio* (4). Questa promessa per la restituzione della cosa e dei frutti (*fructuario stipulatio*) nell'interdetto corrisponde ai *praedes litis et vindiciarum* dell'azione della legge (quì sopra pag. citat.) ed alla cauzione *pro praede litis et vindiciarum* della procedura *per sponsionem* (quì sopra p. 294).

Dopo ciò i litiganti si provocano a vicenda per le doppie *sponsio* e *restipulatio* (5), derivazione dell'antico *sacramentum*, e quindi data la formola son rinviati innanzi al giudice. Questi per giudicare chi è debitore della doppia scommessa, o in altri termini qual'è la *sponsio*, e qual'è la *restipulatio justa*, esaminerà a chi secondo le regole dell'interdetto, il possesso veramente si appartiene. Fatto quest'esame se colui che è stato vinto nella licitazione è riconosciuto aver torto, è condannato all'ammontare della *sponsio* e della *restipulatio* fatta con lui come perdita della doppia scommessa della lite; l'altro è assoluto di tutte le sue promesse, ed inoltre ritiene la cosa ed i frutti interini, perciocchè si è verificato che il possesso a lui si apparteneva. Ma se per contrario

(1) *Gai. 4*, §§ 166 e 167.

(2) *Gai. 4*, § 166.

(3) « *Summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poena nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere, et facultatem fruendi nancisci conatus est* » (*Gai.* 4 § 167).

(4) *Gai. 4*, § *166*. — Le parole messe per congettura nelle edizioni di Gaio per riempire le lagune del manoscritto sono spesso utilissime, ma spesso ancora son pericolose, perciocchè si fa l'abitudine di riguardar come testo ciò che forse non è che una supposizione erronea. Noi crediamo che così sia intervenuto per questa *fructuaria stipulatio*, la quale è specialmente relativa alla restituzione de' frutti, come dallo stesso nome apparisce, ma le parole infrapposte dagli editori porterebbero a crederla unicamente relativa alla restituzione del possesso. Quest'osservazione è importante per l'intelligenza di ciò che segue.

(5) *Gai. 4*, § 166.

si giudica aver torto colui che nella licitazione è rimasto vincitore, questi è condannato: 1.° all'ammontare della *sponsio* e della *restipulatio* fatta con lui, come perdita della doppia scommessa della lite; 2.° al pagamento della somma dell'aggiudicazione de' frutti, come pena per aver ritenuto così un possesso ed un godimento che a lui non spettava; 3.° finalmente alla restituzione della cosa e de' frutti interini in forza della promessa da lui fattane nella *fructuaria stipulatio*; ed il suo avversario dall' altro lato è assoluto dalla *sponsio* e dalla *restipulatio* fatta con lui (1). Così, notate bene che, essendo il giudizio veramente impegnato sulla quistione di sapere chi è debitore e chi non è debitore nelle *sponsiones*, e nelle *restipulationes* che si son fatte, la sentenza del giudice sta principalmente nel condannare o assolvere relativamente a queste tali *sponsiones* e *restipulationes*; che, sostenendo ciascuno de' litiganti una doppia parte di attore cioè, e di reo, fa mestieri che la sentenza disponga rispetto a ciascuno di loro condannando l'uno ed assolvendo l'altro; finalmente che, non ostante il carattere puramente pecuniario delle condanne formolarie, si perviene, fino ad un certo punto, alla restituzione della cosa, e de' frutti interini mediante la *fructuaria stipulatio* (2). Col tempo anche questa *fructuaria stipulatio* cesso di esser indispensabile. Quando la parte vinta nella licitazione de frutti non avea avuto l' accorgimento di farla, o l'avea voluto tralasciare (*omissa fructuaria stipulatione*), furono immaginate due azioni speciali, che se le apprestavano se guadagnava definitamente la lite, ed erano come la necessaria conseguenza della sua vittoria: cioè l'una detta *judicium Cascellianum*, probabilmente dal nome del suo inventore, per farsi restituire il possesso della cosa (3); e l'altra detta *judicium fructuarium* per farsi restituire i frutti raccolti provvisoriamente in quel mezzo (4). Amendue queste azioni eran qualificate *judicium secutorium*, perchè seguivano come conseguenza la vittoria ottenuta sulla *sponsio* (*quod sequitur sponsionis victoriam*) (5).

Gaio che descrive questa procedura soltanto per occasione dell' interdetto UTI POSSIDETIS, non dice che si applicasse eziandio all'interdetto UTRUBI; ma la somiglianza di posizione può far congetturare che anche in questo avesse luogo, o almeno, che vi si osservasse qualche cosa di somigliante.

Del rimanente noi abbiamo sufficientemente spiegato come quando la forma dei giudizii che un tempo appellavansi straordinarii, fu divenuta la forma comune, gl'interdetti dovettero perdere il loro carattere e dar luogo solamente ad azioni, come se il magistrato avesse già pronunziato l'interdetto. E giacchè le preliminari obbligazioni per *sponsionem* con tutte le altre istituzioni particolari al sistema formolario vennero nel medesimo tempo a cadere in disuso, è chiaro che non vi è quasi nulla restato di cotal procedura particolare degl'interdetti che in questo luogo abbiam descritta.

TITULUS XVI.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos qui iura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod et nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest quod temeritas tam agentium, quam eorum cum quibus agitur, modo pecuniaria poena, modo iurisjurandi religione, modo infamiae metu coercetur.

TITOLO XVI.

DELLA PENA DEI TEMERARII LITIGANTI.

Ora è a sapere che coloro che sostenevano le leggi, con grandissimo studio procuravano che gli uomini non procedessero così facilmente a litigare, della qual cosa anche noi siamo solleciti. Ed il miglior modo di ciò conseguire è di reprimere la temerità sì degli attori, e sì de' convenuti ora con pena in danari, ora col giuramento, ed ora con la tema dell'infamia.

La parola calunia (*calumnia*) appo i Ro-

(1) *Gai.* 4, §§ *166; 167, e 168.*

(2) Diciamo *fino ad un certo punto*, perchè in definitivo se l'avversario ricusasse di far tal restituzione, tutto si ridurrebbe ad una condanna pecuniaria contro di lui; mentre che nella procedura *per formulam arbitrariam* si potrebbe, occorrendo, costringervelo *manu militari*.

(3) *Gai.* 4, § 166.

(4) *Gai.* 4, § 169.

(5) In questo modo crediamo poter spiegare naturalmente il testo di Gaio relativo a siffatte azioni. Le spiegazioni date dallo ZIMMERN ed anche dal WALTER non ci sembrano punto soddisfacenti. Noi inchiniamo a credere che il *iudicium Cascellianum*, ed il *iudicium fructuarium* fosser tutti e due nel numero delle azioni arbitrarie, perciocchè aveano il carattere restitutorio. In questo modo, tuttochè gl'interdetti UTI POSSIDETIS, ed UTRUBI fosser solamente proibitorii, si perveniva o tener conto delle restituzioni che doveano esserne la conseguenza.

mani applicavasi non solamente alle accuse criminali portate scientemente contro un innocente, ma ancora a'giudizii civili intrapresi o sostenuti di mala fede sapendo di non avere alcun diritto. Gaio ce ne dà la definizione. La calunnia, egli dice, del pari che il delitto di furto sta nell'intenzione (*in adfectu est*). Quegli se ne rende colpevole il quale sa di agir senza diritto, ed intenta l'azione per opprimere il suo avversario fondando la speranza del successo più sull'errore o ingiustizia del giudice che sulla verità (*qui intelligit non recte se agere, sed vexandi adversarii gratia actionem instituit, potiusque ex judicis errore vel iniquitate victoriam sperat quam ex causa veritatis* (1). Questa espressione di calunnia quantunque risguardasse più spezialmente l'attore, pure si applicava eziandio al convenuto.

Nel diritto romano vi avea parecchi modi di prevenire o reprimere le liti così intentate o sostenute per calunnia.

Contro il convenuto, al tempo di Gaio, eravi in certi casi la *sponsio*, in altri una pena pecuniaria; in difetto il giuramento; qualche volta l'infamia (*ignominia*).

La *sponsio* era una spezie di scommessa, una sorta di ammenda che nel sistema formolario avea surrogato il deposito dell'azione della legge *per sacramentum*, e per la quale era lecito all'attore in certe azioni di provocare il convenuto in questo senso che quegli de'due il quale sarebbe condannato pagherebbe quest'ammenda all'altro (2). (Ved. qui sopra p. 295).

La pena in danaro consisteva in ciò che in certe azioni la condanna dovea esser del doppio contro il convenuto, ma solamente quando avesse negato o contrastato (*adversus inficiantem duplatur; — lis inficiando crescit*). Ed in altre fin dal principio la condanna dovea esser del doppio, del triplo, del quadruplo per la sola natura dell'azione, senza aver riguardo se il convenuto avesse negato o no (*statim ab initio pluris quam simpli est actio*). Nella prima classe si annoverarono le azioni: *judicati, depensi, damni injuriae, legatorum per damnationem relictorum*; nella seconda p. e. le azioni *furti manifesti* pel quadruplo; *concepti et oblati* pel triplo; *nec manifesti* pel doppio (3).

Il giuramento si adoperava quando v'era luogo a niuna delle predette garentie, cioè quando non v'era nè *sponsio*, nè azione che si raddoppiasse per la negazione, nè azione che per la sua sola natura oltrepassasse il semplice. Allora il pretore permetteva all'attore di richiedere dal convenuto il giuramento ch'egli non sostenesse la lite per calunnia (*non calumniae causa se inficias ire*) (4).

Da ultimo talune azioni portavano infamia pel reo che rimaneva succumbente.

Contro l'attore i mezzi di prevenire le temerarie liti, o di reprimer la calunnia erano talvolta l'azione di calunnia (*calumniae judicium*); in certi casi l'azione contraria (*contrarium judicium*); in altri la restipulazione (*restipulatio*); ovvero il giuramento (*jusjurandum*) (5).

L'azione di calunnia (*calumniae judicium*) poteva aver luogo in ogni giudizio contro l'attore, pel motivo che la domanda fosse fatta o fosse stata fatta di mala fede e scientemente per calunnia prendendo questa parola nel senso che le abbiam dato (in questa p.). La pena era di un decimo del valore della causa per le azioni, e di un quarto per gl'interdetti (6). Questo *judicium calumniae* poteva esser intentato dal convenuto o per modo di opposizione alla domanda durante la causa principale; o, come dice Teofilo nella Parafrasi (*hic* § 1.), dopo che l'affare era stato giudicato, e che l'attore avea perduto la lite.

L'azione contraria (*contrarium judicium*) avea luogo solamente in certe azioni, o in certi interdetti determinati, per far condannare l'attore talvolta al decimo e talvolta al quinto della causa pel solo fatto di aver perduto, senza esaminar se avea intentato l'ingiusta lite scientemente e per calunnia (7). Sicchè in questi particolari si era più severo.

La *restipulatio* era rispetto al convenuto ciò che la *sponsio* era rispetto all'atto-

---

(1) *Gai 4, 178.*—Ved. anche la paraf. di Teof. hic.

(2) Tal' era l'azione *de pecunia certa credita*, nella quale la *sponsio* dovea esser del terzo; e quella *pecunia constituta* nella quale era della metà (*Gai 4, 171*). Tali erano ancora le cause degl' interdetti proibitori (*Gai 4, 141.*) — Ved. qui sopra p. 430 e seg.)

(3) *Gai 4, 171, e 173.*

(4) *Gai 4, 172.* Noi vediamo in questo passo che rispetto agli eredi, alle donne, a' pupilli, vi era ordinariamente remissione dell' aumento del doppio o della *sponsio*, e che si assoggettavano semplicemente al giuramento.

(5) *Gai 4, 174.*

(6) *Gai 4, 175.* Forse si dovrebbe leggere, riguardo agl' interdetti, un *quinto* in luogo di un *quarto*. Il sig. Everard Dupont che emette questa opinione (p. 136. della sua Dissertazione) ne arreca delle ragioni molto plausibili.

(7) *Gai. 4, 177, e seg.*

re, cosicchè l'una era la reciproca dell'altra, onde risultava la scambievole obbligazione di ciascuna delle parti a pagar la detta somma in caso di perdita della lite (qui sopra p. 295). E quì del pari che nel *contrarium judicium* non si esaminava se vi era stato realmente spirito di calunnia; perciocchè s'incorreva nella pena per solo fatto d'aver perduto la lite (1).

Da ultimo in tutti questi casi il convenuto avea la scelta di richieder semplicemente dall' attore il giuramento preliminare, ch'egli non agisse per calunnia (*non calumniae causa agere*) (2). Ma s'egli avea scelta la via del giuramento preliminare, non potea dipoi ricorrere alle altre (3).

Questo cenno storico ci farà agevolmente comprendere i paragrafi seguenti che ci espongono su tal materia la legislazione nello stato in cui si trovava al tempo di Giustiniano. A quel tempo la *sponsio*, l'azione di calunnia, l'azione contraria, e la *restipulatio* eran cadute in disuso, e per conseguenza il giuramento destinato a supplirle avea preso grande estensione. Le Instituzioni di Giustiniano, non altrimenti che quelle di Gaio cominciano dall'esporre da prima i mezzi relativi al convenuto e di poi quelli che risguardano l'attore.

I. *Ecce enim jusjurandum omnibus qui conveniuntur*, ex constitutione nostra *defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit quod putans esse bona instantia uti ad contradicendum pervenit. Et adversus inficiantes ex quibusdam causis dupli* vel tripli *actio constituitur: veluti si damni injuriae, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agitur. Statim autem ab initio pluris quam simpli actio est: veluti furti manifesti, quadrupli; nec manifesti, dupli. Nam ex causis his et aliis quibusdam, sive quis negat, sive fateatur, pluris quam simpli actio est. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt,* quod alia nostra constitutione comprehensum est. *Haec autem omnia pro veteri calumniae actione introducta sunt, quae in desuetudinem abiit: quia in partem decimam litis actores mulctabat, quod numquam factum esse invenimus. Sed pro his introductum est et praefatum jusjurandum, et ut improbus litigator et damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur.*

2. E da prima per la nostra costituzione si da il giuramento a tutti coloro che son chiamati in giudizio. In fatti il reo non è ammesso a fare le sue allegazioni, se prima non avrà giurato che egli contradice all' attore in buona coscienza pensando di aver ragione. E contro coloro che negano si da l'azione del doppio o *del triplo* per alcune cause, come sarebbe se si trattasse di danno ingiustamente arrecato, o di legati lasciati a luoghi venerabili. Vi ha degli altri casi, ne' quali l' azione da principio oltrepassa il semplice, come sarebbero quelle del furto manifesto, pel quadruplo, o del non manifesto, pel doppio; imperocchè in queste cause ed in cert'altre ancora, o si confessi, o si nieghi, l'azione oltrepassa il semplice. Parimente si reprime la calunnia dell' attore; perciocchè per la nostra costituzione anco l'attore è tenuto al giuramento della calunnia. E gli avvocati dell' una e dell' altra parte parimente giurano sulla calunnia, com'è ordinato *per un altra nostra costituzione*. E tutte queste cose sono introdotte per surrogare l' antica azione di calunnia la quale è andata in dissuetudine, perchè puniva gli attori nella decima parte del valore della lite, la qual pena noi mai non abbiam trovato che fosse applicata. Ma in quel cambio si è introdotto il predetto giuramento, e l' obbligo, pel litigante di mala fede, di pagare al suo avversario il danno e le spese della lite.

Ex constitutione nostra. Questa costituzione si trova nel Codice di Giustiniano. Essa contiene il giuramento imposto al convenuto, e quello imposto all'attore (4).

Vel tripli. Il testo sembra dire che la negazione poteva in certi casi menare ad una condanna nel triplo (*adversus inficiantes... dupli vel tripli*). I comentatori confessano di non conoscere alcun esempio del triplo. In fatti l' aver fatto riferire la parola *tripli* a quelle che precedono: *adversus inficiantes*, è un errore di compilazione nelle Istizioni di Giustiniano. E che sia così ciascuno si può agevolmente convincere leggendo le Istituta di Gaio, onde il nostro paragrafo è tratto, e dove la parola *tripli* che fa allusione alle azioni *furti concepti* ed *oblati*, si riferisce a'casi in cui la condanna è fin dal principio più che del semplice (5); Teofilo nella sua parafrasi non è caduto in questo errore (6).

Quod alia nostra constitutione comprehensum est. Questa è la costituzione 14 § 1 al lib. 3. tit. 1 del Codice di Giustiniano. In essa si trova ciò che dovea contener questo giuramento degli avvocati, il quale come tutti gli altri si prestava sul santo vangelo.

II. *Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt: veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi,* directis, non contrariis actionibus; *pro socio, quae ab utraque parte directa est; et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut iniu-*

(1) *Ivi 180, e 181.*
(2) *Ivi 176.*
(3) *Ivi 179.*
(4) *C. 2, 59, 2.*
(5) *Gai. 4, §§ 171, e 173.*
(6) Teofilo *hic.*

riarum, aut de dolo non solum damnati notantur ignominia, sed etiam pacti et recte. Plurimum enim interest utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.

2. I condannati in certi giudizii divengono infami, come sarebbe ne' giudizii di furto, di beni tolti per forza d'ingiurie, di dolo, similmente di tutela, di mandato, del deposito, quantunque però si agisce *con azioni dirette, non già con azioni contrarie*; parimento nell'azione di società, la quale è diretta dall'una e dall'altra parte e per conseguente qualunque dei socii è condannato, e notato di infamia. Ma per le azioni di furto, o di beni tolti per forza, o d'ingiurie, o di dolo non solamente i condannati son notati d'infamia, *ma anche quelli che han transatto*, perchè vi è molta differenza che alcuno sia debitore per delitto, o per contratto.

Directis non contrariis. E giustamente, dice Ulpiano; perciocchè nelle azioni contrarie non si tratta di mala fede, ma di conti, che sono in certa guisa regolati dal giudizio: *Nec immerito; nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere judicio solet dirimi* (1). In fatti noi sappiamo che nelle azioni contrarie non era il tutore il mandatario, il depositario che era perseguitato, ma sibbene il pupillo, il mandante, il deponente, ai quali si dimandavano delle indennità che forse eran dovute per spese o resto di conto. Or da parte di queste persone non v'era niuna mala fede nell'ignorare il giusto ammontare di siffatte indennità, e nel volerle far regolare in giudizio. Tuttavia Ulpiano cita un caso, nel quale vi sarebbe mala fede da parte del mandante, e per conseguente l'azione contraria del mandato porterebbe contro lui nota d'infamia, vale a dire ricusando di restituire al fidejussore il danaro che questi avesse pagato per lui, fosse condannato per l'azione *contraria mandati* (2).

Sed etiam pacti, et recte: perchè dice Ulpiano, la transazione in questo caso contiene la confessione d'un delitto (*quoniam intelligitur confiteri crimen qui paciscitur*) (3).

III. *Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua praetor edicit de in ius vocando. Utique enim imprimis adversarius in ius vocandus est ad eum qui ius dicturus sit. Qua parte praetor parentibus et patronis, item parentibus liberisque patronorum et patronarum hunc praestat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in ius vocare, quam si id ab ipso praetore postulaverint et impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum poenam solidorum quinquaginta constituit.*

2. Il principio poi di tutte le azioni da istituirsi nasce da quella parte dell'editto per la quale il pretore propone che si chiami in giudizio. Poichè in prima bisogna che l'avversario sia in giudizio chiamato, cioè innanzi a colui che dee render ragione. Nella qual parte il pretore fa quest'onore ai padri ai padroni, inoltre ai padri e discendenti de' padroni e delle padrone, che i discendenti, ed i libertini non possano altrimenti chiamarli in giudizio se prima non ne avranno avuto licenza dal pretore. E se alcuno li chiamerà altrimenti, cade nella pena di cinquanta soldi.

Vedi ciò che si è detto intorno a ciò qui sopra tit. 6 § 12.

TITULUS XVII.

DE OFFICIO JUDICIS.

TITOLO XVII.

DELL'OFFICIO DEL GIUDICE.

Sotto questo titolo le Instituzioni di Giustiniano danno alcuni particolari sulle regole che il giudice dee seguire nelle principali azioni che possono esser portate innanzi a lui.

Le spiegazioni così estese che di già abbiam date intorno alle azioni ci dispenseranno dall'aggiungerne qui delle nuove, e ci basterà per l'intelligenza de' seguenti paragrafi di rinviare a quello che già ne abbiam detto.

Superest ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem imprimis illud observare debet judex, ne aliter judicet quam quod legibus, aut constitutionibus, aut moribus proditum est.

Resta ora che noi favelliamo dell'officio del giudice. Il giudice dee innanzi ad ogni altra cosa badare di non giudicare altrimenti da quel che è ordinato per *leggi*, per costituzioni, per *usanze*.

Legibus. Il che si dee estendere eziandio a' senato-consulti, *quae legis vicem obtinent.*

Moribus. Il che comprende le risposte de' prudenti; in una parola, tutto il diritto civile. Sotto il sistema delle formole il diritto pretorio non era compreso in quest'obbligazione del giudice, ma solamente il diritto civile. In fatti se il pretore volea far osservare qualche disposizione del diritto onorario, egli vi potea provvedere con la natura, o col modo di comporre ed esprimer la formola che dava. Ma sotto Giustiniano che non si danno più formole, e che la maggior parte delle di-

(1) D. 5, 2, 6, § 7.
(2) Ivi § 5.
(3) Ivi 5.

sposizioni del diritto onorario son passate in legge, non è più da far questa distinzione.

Noi abbiam veduto quì sopra lib. 4. tit. 5. pr., che la sentenza fatta contrariamente alle leggi era nulla, senza che vi fosse mestieri di appello, in questo senso che il giudizio poteva ricominciarsi da capo.

La pena contro il giudice scientemente e volontariamente colpevole di una tal violazione delle leggi era la deportazione. « *Judex qui contra sacras principum constitutiones, contrave jus publicum quod apud se recitatum est, pronunciat, in insulam deportatur* ». (1)

con i *frutti*. Ma se il possessore allega di non potere al presente restituire, e chiegga tempo non per dilazionare, ma per restituire, se gli debbe concedere, con questo però che dia sicurtà di pagar il valor della lite, se egli non restituirà nel termine concedutogli. E se *si domanderà l' eredità* interviene quanto ai frutti il medesimo, che abbiam detto intervenire nella domanda di qualunque altra cosa particolare. Dei frutti che il possessore per sua colpa non raccolse si tien ragione presso a poco nel medesimo modo nell'una e nell'altra azione, se il possessore sia stato di mala fede; ma se sarà stato di buona fede non si ha considerazione a' frutti consumati, o non raccolti. Ma dopo che si è fatta la domanda si ha riguardo anche a quei frutti che non furon raccolti per colpa del possessore, o che essendo stati raccolti, sono stati consumati.

I. *Ideoque, si noxali iudicio addictus est, observare debet ut, si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare* : PUBLIUM MAEVIUM LUCIO TITIO IN DECEM AUREOS CONDEMNO, AUT NOXAM DEBERE.

1. Laonde se si tratterà in giudizio di un'azione noxale, dee aver cura, se gli pare dover condannare il padrone, di far la sentenza in questo modo: Condanna Publio Mevio a dar dieci soldi di oro a Lucio Tizio, o ad abbandonare lo schiavo colpevole.

In decem aureos condemno. Quest è la condanna pecuniaria, la vera condanna della sentenza; perciocchè in quanto all'abbandono dell'autore del danno *noxa*, questo è lasciato in facoltà del condannato. Così se l' azione *judicati* dovesse aver luogo, essa non potrebbe cadere che sulla condanna pecuniaria. Noi di già abbiamo esposti questi principii (qui sop. pag. 384 e 385).

II. *Et si in rem actum sit: si contra petitorem iudicaverit, absolvere debet possessorem; sive contra possessorem, iubere eum debet*, ut rem ipsam restituat cum fructibus. *Sed si possessor neget in praesenti se restituere posse, et sine frustratione videtur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei: ut tamen de litis aestimatione caveat cum fideiussore, si intra tempus quod eis datum est non restituisset. Et* si hereditas petita sit, *eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructum, quos culpa sua possessor non percepit, in utroque actione eadem ratio pene habetur si praedo fuerit. Si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.*

2. Nelle azioni reali, se egli avrà giudicato contro colui che domandava, dee assolvere il possessore; che se poi avrà a giudicar contro il possessore, gli dee comandare *che restituisca quella tal cosa*

Ut rem ipsam restituat cum fructibus. Quì si tratta del preliminare *arbitrium* che avea luogo nelle azioni arbitrarie, per conseguente nelle azioni *in rem*, e che noi abbiamo abbastanza spiegato per non avervi nuovamente a ritornar sopra. Solo non vogliamo trasandare di far notare la facoltà lasciata al giudice di fare secondo i casi un termine alla parte per obbedire all'*arbitrium*.

Et si hereditas petita sit. Vedete intorno alla petizione d'eredità ciò che abbiam detto V. 1. p. 406.

III. *Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit ut exhibeat rem is cum quo actum est; sed opus est ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Praeterea fructuum medii temporis, id est ejus quod post acceptum ad exhibendum judicium ante rem judicatam intercessit, rationem habere debet judex. Quod si neget is cum quo ad exibendum actum est, in praesenti exhibere posse, et tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat se restiturum. Quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea exhibiturum se caveat, condemnandus sit in id quod actoris intererat ab initio rem exhibitam esse.*

3. Nell'azione *ad exhibendum* non basta che il reo produca fuori la cosa chiesta, ma debbe eziandio dare all'attore quell'utile di quella tal cosa, il quale avrebbe avuto l'attore, se a principio del giudizio quella cotal cosa si fosse prodotta fuori: Laonde se in quello spazio di tempo che il reo indugia a dar fuori, quella cosa fosse acquistata mediante l'uso dal possessore, egli con tutto questo sarà condannato. Oltre a ciò il giudice debbe aver considerazione a' frutti di quel tempo che è in mezzo tra il cominciar del giudizio e la sentenza. Ma se il reo col quale si è agito *ad exhibendum* dirà ch'egli non può produr fuori la cosa al presente, e senza frode

(1) *Paul. Sent. 5, 25. 4. — D. 48, 10, 1, § 3, f. Marcian.*

dimanderà tempo per produrla, se gli debbe concèder, ma con sicurtà ch'egli restituirà. Che se egli non presenterà subito la cosa per comandamento del giudice, nè darà sicurtà di presentarla dipoi, dovrà esser condannato in quel che sarebbe importato all' attore che quella tal cosa fosse stata presentata in principio.

Bisogna ravvicinare alle disposizioni di questo paragrafo sull'azione *ad exhibendum* le nozioni che ne abbiam date (V. 1. p. 241. e quì sop. p. 324), relativamente alle azioni arbitrarie p. 255 al § 31 delle azioni. Noi sappiamo che l'azione *ad exhibendum* era anche nel numero delle azioni arbitrarie, e che per conseguente prima della condanna si pronunziava un *arbitrium* per ordinare l'esibizione.

IV. *Si familiae erciscundae judicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet; et si in alterius persona praegravare videatur adiudicatio, debet hunc invicem cohaeredi certa pecunia, sicut iam dictum est, condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hereditarii fundi perceperit aut rem hereditariam corruperit aut consumpserit. Quae quidem similiter inter plures quoque quem duos cohaeredes subsequuntur.*

4. Se si sia trattato dell'azione *familiae erciscundae*, il giudice debbe aggiudicar le cose dell'eredità a ciascuno degli eredi cosa per cosa. E se paresse che quest'aggiudicazione fosse maggiore in qualcun di loro, per ridurre le cose ad eguaglianza dee, siccome è detto, condannarlo per compenso verso il suo coerede in una somma determinata. Ed una simile condanna dee parimenti aver luogo contro ciascun coerede a favore dell'altro coerede se egli solo abbia raccolti i frutti delle cose comuni, se abbia deteriorato, o consumato le cose dell'eredità. Il che s' intende aver luogo non solamente tra due eredi, ma eziandio quando son molti.

V. *Eadem interveniunt et si communi dividundo de pluribus rebus actum fuerit. Quod si de una re velnti de fundo: si quidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes eius singuli adiudicare debet; et si unius pars praegravare videbitur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, veluti si homo forte aut mulus erit de quo actum sit: tunc totus uni adiudicandus est, et is invicem alteri certa pecunia condemnandus.*

5. Il medesimo avviene se si sa rà trattato dell' azione *communi dividundo*. Ma se si tratterà di dividere una cosa sola, come sarebbe un fondo, se questo si può comodamente dividere pel suo sito, il giudice debbe aggiudicare a ciascuno la sua parte, e se gli parrà che la parte di uno sia di maggior valore, condannerà costui a favore dell'altro in una determinata somma di danaro. Ma se la divisione non possa comodamente esser fatta, come sarebbe se si fosse trattato di uno schiavo, o di un mulo, in questo caso si dee dar tutto lo schiavo o il mulo ad uno, e questi si dee condannare a dare altrettanti danari all'altro.

VI. *Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet iudex an necessaria sit adiudicatio: quae sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari: quo casu, conveniens est ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine damnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit, verbi gratia, quia lapides finales furatus, vel arbores finales cecidit. Contumaciae quoque nomine quisque eo judicio condemnatur, veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.*

6. Se si sarà trattato dell'azione *finium regundorum*, il giudice dee considerare se l'aggiudicazione è necessaria: la quale per verità è necessaria in un caso, quando cioè sia più comodo distinguere i campi con confini più apparenti di quel ch'era fatto pel passato. Poichè allora è mestieri aggiudicare al padrone dell'un campo parte dall'altro campo; nel qual caso è conveniente che costui sia condannato a dare una certa somma di danaro all' altro. In quest'azione dee ugualmente esser condannato chiunque *avrà commesso qualche cosa maliziosamente* in materia di confini, come sarebbe per esempio se qualcuno avesse rubato le pietre o tagliato gli alberi posti a' confini. Finalmente nel medesimo giudizio si condanna anche per cagion di contumacia, come sarebbe se qualcuno non ostante l' ordine del giudice non lasciasse misurare i campi.

Per le tre azioni: FAMILIAE ERCISCUNDAE, COMMUNI DIVIDUNDO, e FINIUM REGUNDORUM ci rimettiamo a quel che ne abbiam detto V. 1. p. 61, 211, 217, e quì sopra al tit. VI delle azioni p. 302, 313 e 360 al paragrafo 20. Noi sappiamo che queste tre azioni aveano ciò di particolare che poteano portare nel tempo stesso *aggiudicazione*, e *condanna*.

Così, nelle azioni FAMILIAE ERCISCUNDAE, e COMMUNI DIVIDUNDO vi era: *aggiudicazione* a ciascuna delle parti, della porzione che il giudice le attribuiva, e di cui acquistava per tal modo la proprietà esclusiva; ed oltre a ciò *condanna*, contro qualcuno a favore degli altri, al pagamento di certe somme per compenso in caso di disuguaglianza di parti, ovvero per le prestazioni personali, di cui i coeredi o comproprietarii potevano esser tenuti tra loro per anticipazioni, o deterioramenti fatti sulla cosa comune. Poteva anche intervenire che l'azione tendesse unicamente non già ad una divisione da farsi, ma ad ottener queste prestazioni personali, ed allora non dava luogo ad *aggiudicazione*, ma semplicemente a *condanna*.

In quanto all'azione FINIUM REGUNDORUM noi abbiam parimenti già veduto, ed il testo nuovamente ci spiega in che consisteva la *condanna*, e come l'aggiudicazione vi poteva aver luogo solo per accidente, e nel caso che al giudice paresse utile di modificare i confini, e per conseguente di attribuire ad uno de'vicini la proprietà d'una parte di terreno appartenente all'altro, salvo una condanna in danaro contro colui che per tal modo veniva a far guadagno, a fine di compensar siffatto guadagno. E qui possiam notare che a parlar propriamente, nell'antico diritto chiamavasi *fines* lo spazio vacante di cinque piedi di larghezza, che si dovea lasciar tra i campi (*Hist. de la legisl. rom. tab.* VII. § 4.); e che l'azione *finium regundorum* tendeva a far regolare questi confini.

Aliquid malitiose commisit. Oltre a questo vi erano per la rimozione de'termini, delle pene pubbliche che troviamo indicate nel Digesto lib. 47 tit. 21. *de termine moto* e che potevano estendersi fino alla relegazione.

VII. *Quod autem istis judiciis alicui adiudicatum sit, id statim eius fit, cui adiudicatum est.*

7. E quel che in questi giudizii è aggiudicato ad alcuno diviene immediatamente proprietà di colui al quale è aggiudicato.

Sappiamo in fatti che l'*adjucatio* era per la stessa legge delle dodici tavole un mezzo legale di acquistare il dominio romano.

REASSUNTO DEL LIBRO QUARTO.

(TITOLO XIII. A XVII.)

ECCEZIONI. — REPLICHE, DUPLICHE

L'eccezione è un mezzo di difesa contra l'azione. Essa nel sistema delle formole era un' eccezione o restrizione messa dal pretore o alla pretensione formolata nell'*intentio*, o alla *condemnatio*.

Le eccezioni si adoperavano quando esistendo, secondo lo stretto diritto l'azione, e dovendosi dare all'attore, nondimeno qualche circostanza particolare allegata dal convenuto ed alla quale il giudice non avrebbe avuto il diritto di aver considerazione, dovea, essendo vera, rendere ingiusta la condanna. Il pretore facendo eccezione, per questo caso, alla pretensione dell'attore dava facoltà al giudice di verificare questa circostanza, e di avervi riguardo. Si correva pure alle eccezioni anche in certi casi in cui il fatto allegato dal convenuto era di tal natura da far negare l'azione, quando però vi fosse controversia sull'esistenza di tal fatto. Ma quando la natura dell'azione attribuiva per se medesima al giudice l'incarico di aver considerazione a' fatti allegati, era inutile di metterli in eccezione; così nelle azioni di buona fede tutte le eccezioni fondate sulla buona fede vi eran sottintese di pieno diritto.

Le eccezioni citate dal nostro testo sono: quelle che provengono dal dolo (*exceptio doli mali*), dalla violenza (*metus causa*), o dall'errore: quella del dolo è generale; gli altri due casi sono delle particolari specialità della medesima; le eccezioni espresse in fatto (*in factum compositae*), le quali non costituiscono un'altra specie di eccezione particolare, ma sono soltanto una forma nella quale possono esprimersi le eccezioni; in fatti si dice che le eccezioni sono espresse in fatto quando il pretore ha specificato un fatto preciso e ben determinato che il giudice dee verificare. Tali sono le eccezioni di non-numerazione (*pecuniae non numeratae*); del patto (*pacti conventi*), del giuramento (*jurisjurandi*), della cosa giudicata (*rei judicatae*).

Le eccezioni sono, alcune perpetue e perentorie, altre temporali e dilatorie, il che, in diritto romano, non debbe punto

intendersi degli effetti dell'eccezione quando è proposta in giudizio, ed applicata dal giudice, ma soltanto della durata e degli effetti dell'eccezione nelle mani del reo, quando non è ancora impegnata la lite. In questo senso le eccezioni perpetue e perentorie son quelle la cui durata è illimitata, vale a dire che potranno esser opposte all'attore in qualunque tempo egli intenti l'azione, e che per conseguente estinguono l'azione, essendochè impediscono ch'essa possa in alcun tempo esser utilmente intentata. Le eccezioni temporali e dilatorie sono quelle che il reo ha solamente per un determinato spazio di tempo; di maniera che passato questo spazio, se l'attore intenta l'azione, non gli possono più esser opposte; dal che segue che esse procurano al reo un certo termine durante il quale non può esser chiamato in giudizio. Ma tutte le eccezioni così perentorie, come dilatorie aveano questo di comune, che se l'azione era intentata mal a proposito, e veniva respinta per una di queste eccezioni anche dilatorie, era estinta per sempre; perciocchè essendo stata dedotta in giudizio ed esaurita non poteva nuovamente riprodurvisi. Non pertanto Giustiniano modifica questo punto rispetto alle eccezioni dilatorie: i termini che l'attore non ha osservati saranno raddoppiati, e tutte le spese andranno a suo carico.

Talune eccezioni son dilatorie per ragion della persona: tali son quelle che si addimandano *procuratorie* e che son fondate sull'incapacità del procuratore per mezzo del quale alcuno agisce.

L'eccezione, non altramente che l'azione, può alla sua volta esser ribattuta da una replica (*replicatio*) la quale non è altro che un'eccezione contro l'eccezione: e questa da una triplica (*triplicatio*), e così di seguito.

Certe eccezioni giovano non solo al debitore ma anche a tutti coloro che son tenuti per lui, ed a' suoi successori; altre sono esclusivamente personali a lui e non possono esser invocate che da lui. Tali son quelle della cessione de' beni, del patto personale, del beneficio di competenza.

Interdetti.

L'interdetto era un decreto, un editto pronunziato sulla domanda d'una parte da un magistrato del popolo, dal pretore, o nelle province dal proconsole, per comandare o vietare imperativamente qualche cosa. Esso, propriamente parlando, era un editto tra due persone: *inter duos edictum*; donde *interdictum*.

Gl'interdetti si usavano nelle materie poste in ispecial modo sotto la pubblica autorità: come la conservazione ed uso delle cose di diritto divino o religioso, delle cose comuni o pubbliche; e quanto alle cose private (*rei familiaris causa*) nelle contese urgenti, che potendo portare a risse o vie di fatto richieggono l'intervenimento immediato dell'autorità; come quelle sul possesso, e sul quasi possesso.

L'affare non finiva con l'interdetto se non quando colui contro al quale era dato vi si sommetteva; altrimenti ne seguiva un giudizio; si rinviavano le parti innanzi ad un giudice con un'azione formata secondo l'interdetto.

Gl'interdetti son proibitorii, restitutorii, ed esibitorii, secondo che contengono un divieto, o un ordine di restituire o di presentare. Questa divisione è la prima e più generale.

Quelli relativi al possesso si dividono in interdetti: 1.° per acquistare (*adipiscendae*), 2.° per ritenere (*retinendae*), 3.° per ricuperare (*recuperandae possessionis*), e 4.° interdetti doppii nel senso che si danno tanto per far acquistare, quanto per far ricuperare il possesso (*tam adipiscendae, quam recuperandae possessionis*). Questa divisione è secondaria, e propria solamente degl'interdetti possessorii. Nella prima classe il nostro testo cita gl' interdetti QUORUM BONORUM, e SALVIANUM; nella seconda UTI POSSIDETIS, ed UTRUBI; nella terza UNDE VI; nella quarta noi sappiamo da un frammento di Ulpiano recentemente scoverto, e da' frammenti del Vaticano che vi erano gl'interdetti QUEM FUNDUM, QUAM HEREDITATEM, QUEM USUMFRUCTUM.

Una terza divisione degl'interdetti li distingue in semplici e doppii: i primi, nei quali i contendenti sono uno attore, e l'altro convenuto; i secondi, doppi in questo senso che i contedenti sono entrambi ad un'ora ed attori e convenuti.

Dopo l'abolizione del sistema delle formole e di ciò che altra volta addimandavasi giurisdizione ordinaria non si danno più interdetti; ma si agisce direttamente innanzi al giudice, come se dall'interdetto nascesse un'azione utile. Così gl'interdetti sono stati surrogati dalle azioni.

Pene contro i temerarii litiganti.

I mezzi di prevenire o di reprimere le liti temerarie o la calunnia sono al tempo

di Giustiniano il giuramento (*jusjurandum pro calumnia*) tanto rispetto all'attore, che al convenuto, ed agli avvocati; ed inoltre, contro il convenuto: in certe azioni il raddoppiamento della condanna, nel quale egli incorre per aver negato (*adversus inficiantes*); in altre la condanna al doppio, al triplo, al quadruplo richiesta fin dal principio dalla natura medesima dell'azione, comunque il reo abbia negato o confessato; finalmente in alcune altre l'infamia in caso di condanna o anche di transazione, se si tratta di furto, di violenza, di dolo, o d'ingiurie. La necessità di una preliminare licenza per chiamare in giudizio un ascendente, o un *patronus* debba anco esser annoverata tra questi mezzi.

Officio del giudice.

Il giudice è obbligato di sentenziare secondo le leggi, altrimenti la sentenza è nulla, anche senza bisogno di appello, ed egli può andar soggetto ad una pena pubblica. Il testo applica questo principio ai casi delle azioni noxali, *in rem*, *ad exhibendum*, *familiae erciscundae*, *communi dividundo*, e *finium regundorum*.

TITULUS XVIII.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

Publica iudicia neque per actiones ordinantur neque omnino quidam simile habent cum caeteris iudiciis de quibus locuti sumus: magnaque diversitas est eorum et in instituendo et in exercendo.

TITOLO XVIII.

DE' GIUDIZII PUBBLICI.

I giudizii pubblici *non sono istituiti per azioni*, e non hanno cosa niuna simile agli altri giudizii, dei quali abbiam ragionato: ma tra essi v'è grandissima differenza e nell'istituirli, e nell'esercitarli.

La procedura criminale e il diritto penale de' Romani sarebbe un soggetto degno di tutta la nostra attenzione, e sarebbe per certo cosa di molto pregio esporli in tutti i loro svolgimenti di storia e legislazione; ma questo non è il luogo di cosiffatto trattato. Le Istituta di Gaio non contenevano nulla su tal materia; quelle di Giustiniano si limitano a darne alcune idee sommarie (1). D'altra parte a quest'epoca la procedura criminale era compiutamente decaduta, ed il diritto penale modificato di molto.

Ma basterà di rinviare al reassunto delle loro vicende storiche, che ho delineate nella storia della legislazione romana, principalmente nel n.° 51 (2).

Noi abbiam veduto come nel settimo secolo della repubblica erasi stabilita l'istituzione delle QUAESTIONES PERPETUAE o delegazioni perpetue, secondo le quali l'accusa pubblica (*pubblicum judicium*) avea luogo in vigor d'una legge speciale che definiva il reato, ne fissava la pena, e soprattutto ne regolava la procedura (*Hist. de la leg. rom.* n.° 51), di maniera che in questa legislazione la procedura criminale non era generale ed uniforme per tutt' i reati, ma speciale per ciascun reato, e regolata dalla legge relativa a tal reato.

Noi abbiam notato ancora l'origine delle differenti leggi che stabilirono successivamente un giudizio pubblico contro i diversi reati: di concussione (*de repetundis*); di broglio (*de ambitu*); di furto di danari pubblici (*de peculatu*); di crimenlese (*de majestatis*); di plagio (*de plagio*) etc. (*Hist.* n.° 51); e sotto Silla contro quei di falso (*de falsis*), e di omicidio (*de sicariis*) (*Hist*, n.° 55).

Ciascuna di queste leggi stabiliva la pena e la procedura criminale (*publicum judicium*) contro ciascuno di questi reati. I delitti così preveduti da una legge speciale, divenuti l'oggetto d'una *quaestio perpetua* eran sottratti all'arbitrario, ed all'incertezza primitiva. Quelli a' quali questo sistema non erasi ancora applicato restavano in questo arbitrario, e facevano come per il passato, l'oggetto di giudizii risoluti da' comizii, o dal senato, o delegati a' consoli, a' pretori, o ad alcuni *quaesto-*

---

(1) Noi troviamo nelle sentenze di Paolo una serie di titoli che si riferiscono a questa materia (*Esb*, 5; *tit. 15. e seg.*). Essa è trattata nel Codice Teodosiano al lib. 9.; nella Collatio leg. Mos. et Rom. *tit. 1. fino a 15.*; nel Digesto lib. 48.; e nel Codice di Giustiniano lib. 9.

(2) Prima della legge delle XII. Tavole, p. 54; dopo la detta legge fino alla sommessione di tutta l'Italia, p. 274.; dopo quest' epoca fino all'imperio p. 215 e 242; dopo l'imperio fino a Costantino pag. 320; finalmente sotto Giustiniano pagina 382.

res. particolari Queste furon chiamate *cognitiones extraordinariae*, *extra ordinem gnoscere* in materia criminale.

Noi abbiam veduto come sotto l'impero, allato alle procedure pubbliche (*publica judicia*) ordinate da una legge speciale per ciascun reato si venne svolgendo sempre più la procedura eccezionale (*extra ordinem*), segnatamente contro alcuni fatti repressi da senato consulti o da costituzioni, sotto il titolo di reati straordinarii (*extraordinaria crimina*), e giudicati il più delle volte dal pretore o dal prefetto della città unitamente col console (*Hist.* p. 320).

Il nome di *publica judicia*, era esclusivamente applicabile alle prime di queste procedure; le altre eran dette *extraordinaria judicia* (1).

Ed intervenne ancora che per certi reati, della legge primitiva, che avea ordinato contro di essi una pena ed una procedura dubblica, non si ritenne altro che la penalità, e si lasciò cader in disuso la procedura pubblica per sottometterli alla procedura straordinaria (2).

Tal era lo stato della legislazione criminale sotto Giustiniano (*Hist.* p. 382). La procedura de' *pubblica judicia* è del tutto scomparsa, e delle leggi che li aveano organizzati non rimane altro che la penalità.

Neque per actiones ordinantur. Cioè i giudizii criminali non s'istituivano per via di azioni ottenute dal pretore, mediante formole rilasciate da lui; ma per via d'accusa.

I. *Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum* plerumque *datur*.

1. Son chiamati pubblici, perchè la loro esecuzione è *per lo più* conceduta a qualunque uomo del populo.

I Romani non aveano immaginato l'istituzione di un magistrato incaricato di richiedere a nome della società, innanzi alle giurisdizioni criminali, la punizione dei reati. Quest' istituzione la quale costituisce il *Ministero pubblico* appartiene alle nazioni moderne (3). I Romani avean provveduto a queste necessità col diritto di accusa pubblica che competeva generalmente a tutt' i cittadini, anche per fatti che personalmente non li riguardavano.

Quegli che volea far da accusatore dovea sottoscrivere innanzi al pretore o al proconsole il libello di accusa precisando la specie del reato, ed obbligarsi a seguire l'accusa fino alla sentenza (4). Questa formalità avea fra l' altro lo scopo di prevenire la leggerezza delle accuse, e di far riflettere l'accusatore all impegno che assumeva sopra di se, ed alle pene alle quali si esponeva, se la sua accusa era intentata per la calunnia (5).

Noi troviamo in un frammento di Paolo l'esempio di libello di accusa: « *Consul et dies* (cioè la data). *Apud illum praetorem* vel *proconsulem*, *Lucius Titius professus est se Maeviam lege Julia de adulteriis ream deferre*, *quod dicat eam cum Gaio Seio in civitate* illius, *mense* illo, *consulibus* illis, *adulterium commisisse* (6) ».

Plerumque In fatti certe persone non erano ammesse al diritto generale di accusa, salvo se volesser portare accusa di reati commessi contro di se o de'loro parenti. E questo era o per cagion del sesso, come le donne; o dell' età, come i pupilli; o a cagione, del loro proprio delitto, come le persone notate d' infamia; della loro povertà come que' che possedevano meno di cinquanta soldi d' oro; o per alcune altre ragioni (7).

II. *Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia*. Capitalia *dicimus quae ultimo supplicio afficiunt, vel aquae et ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo*. Caetera si quam infamiam irrogant *cum damno pecuniario, haec pubblica quidem sunt, non tamen capitalia*.

2. De' giudizii pubblici alcuni son capitali, ed altri nò. I giudizii *capitali* son quelli per i quali gli uomini son condannati nel capo, o interdetti dell'acqua e del fuoco, o deportati, o condannati alle miniere. Gli altri giudizii che apportano infamia alla persona, e pena pecuniaria son pubblici, ma non capitali.

Capitalia. Quì si tratta del senso proprio di questa parola, come debb' esser intesa in materia criminale, e non del senso volgare che se le può attribuire nel linguaggio ordinario. Il che Modestino esprime in questi temini: « *Licet* capitalis *lati-*

(1) *D. 48, 1, f.* Macer.
(2) *Ivi 8, f. Paul.*
(3) Io ho esposta la origine e la istoria di questa bella istituzione nell'opera che ho pubblicata col mio amico Ledeau, sul ministero Pubblico in Francia, *tom. 1.* Introduzione.
(4) *D. 48, 2, 7, § 1, f. Ulp.*
(5) *Ivi pr.*
(6) *Ivi 3, pr. f. Paul.*
(7) *Ivi 2, f. Papin.* — *8.* Macer., *e seg.*

ne loquentibus omnis causa existimationis videtur, tamen appellatio capitalis *mortis, vel amissionis civitatis intelligenda est* (1).

Caetera si quam infamiam irrogant. Vi ha qualche inesattezza nell' espressione. In fatti noi sappiamo che parecchie azioni, le quali eran private, e non pubbliche apportavano infamia pel reo condannato (ved: quì sopra p. 436). Dall'altro lato un frammento del Giureconsulto Macro ne fa sapere che le condanne per delitti non apportavano tutte infamia. Bisognava far distinzione tra i *judicia publica,* ed i *judicia extraordinaria*; i primi apportavano sempre infamia; i secondi soltanto quando avean luogo per un reato rispetto al quale anche l'azione privata sarebbe stata infamante. Così se si perseguitava per la via criminale straordinaria (*extra ordinem*)un delitto di furto di violenza,d'ingiuria, la condanna criminale comechè non organizzata per un *judicium publicum,* pure apportava infamia, perchè anche la condanna civile avrebbe prodotto questo effetto (2).

III. *Publica autem sunt haec: lex* Julia majestatis, *quae in eos qui contra imperatorem, vel rempublicam* aliquid moliti sunt, *suum vigorem extendit. Huius poena animae amissionem sustinet, et memoria rei* etiam post mortem damnatur.

2 I giudizii pubblici son questi: la legge Julia pel crimenlese, la quale colpisce coloro che han macchinato qualche cosa contro l' imperadore, o contro la repubblica; la pena di tal delitto è la morte, e si condanna la memoria del reo *anche dopo la morte.*

Questa legge Julia majestatis (3) è attribuita a Giulio Cesare, non già ad Augusto (4).

Aliquid *moliti sunt.* Il semplice progetto (*qui cogitaverit*) è punito con la medesima severità che il reato consumato (5). Del resto nella legislazione criminale dei Romani questa regola non è speciale al crimenlese, ma pare più estesa, almeno in ciò che riguarda il tentativo il cui effetto criminoso non sia seguito: *Divus Hadrianus,* dice Callistrato, *in haec verba rescripsit: in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (6)».

Etiam post mortem damnatur. Noi abbiamo spiegato questa particolarità lib. 3 tit. 1. § 5.

IV. *Item lex* Julia de adulteriis *coercendis, quae non solum temeratores alienarum nuptiarum* gladio punit, *sed et eos qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege* Julia *etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. Poenam autem eadem lex irrogat peccatoribus: si honesti sunt, publicationem partis dimidiae bonorum; si humiles, corporis coercitionem cum relegatione*

4. Similmente la legge Giulia *degli adulterii,* la quale punisce col ferro non solamente i contaminatori delle altrui nozze, ma anche coloro i quali ardiscono di esercitar la nefanda lussuria coi maschi. E per la medesima legge si punisce eziandio il delitto dello stupro, quando qualcuno senza usar violenza avrà usato o con una vergine o con una vedova che vivea onestamente. La medesima legge dà per pena a' colpevoli, se sono di onesta condizione, che sia confiscata la metà dei lor beni, se sono di bassa condizione, che sian puniti nel corpo, e rilegati.

La legge Julia de adulteriis (7) appartiene al regno di Augusto, anno di Roma 736, o 737.

Gladio punit. La legge *Giulia* non portava questa pena; ma soltanto quella della confisca d' una parte de' beni contro la donna ed il suo complice, e della loro rilegazione in un'isola differente, per quanto se ne può giudicare dalle *sentenze* di Paolo (8). La pena di morte fu stabilita da una costituzione di Costantino; la quale trovasi nel Codice (9).

V. *Item lex* Cornelia de sicariis, *quae homicidas ultore ferro persequitur, vel eos qui hominis occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Gaius noster, in interpretatione legum XII Tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur quod arcu mittitur; sed et omne significatur quod manu cujusdam mittitur. Sequitur ergo ut lapis, et lignum, et ferrum hoc nomine continetur dictumque ab eo quod in longinquum mittitur: a graeca voce* ἀπὸ τοῦ τηλοῦ. *Et hanc significationem invenire possumus et in graeca nomine. Nam quod nos telum appellamus, illi* βέλος *appellant* ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. *Admonet nos Xenophon, nam ita scribit:* Καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο, λόγχαι τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοί δὲ καὶ λίθοι. *Sicarii autem appellantur a sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege et venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quam susurris magicis, homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint.*

5. La legge Cornelia degli omicidii, la qual perseguita col ferro vendicatore coloro che uccidono o vanno intorno col dardo per uccidere un uomo.

(1) *D. 50, 16.* De verb. signif. 103
(2) *48, l. 7.*
(3) *Ivi 4.* Ad leg. Jul. maj.
(4) *Cic. Philip. l. 9.*
(5) *C. 9, 8, 5. const. Arcad. et Honor.*
(6) *D. 48, 8, 14.*
(7) *D. 48, 5.* Ad legem Juliam de adult.
(8) *Paul. Sent. 2, 26, 14.*
(9) *C. 9, 9, 30.*

E sotto questo nome di dardo, secondo che ha scritto il nostro Gaio nella sua interpretazione sulle leggi delle XII. Tavole s'intende comunemente, quel che si lancia con l'arco; ma questa parola dinota egualmente tutto ciò che si lancia con mano. Così la pietra, il legno, il ferro son compresi in questa denominazione; che essa proviene da ciò, che la cosa è scagliata lontano, e deriva dalla parola greca τηλοῦ (lontano). E questa medesima significazione noi troviamo in greco, che quel che noi diciam *telum* essi addimandano βέλος, dalla parola βάλλεσθαι (gittare). La qual cosa accenna Senofonte ove dice: Recarono de' projettili (βέλλη), delle lance, de' dardi, delle fionde, e gran quantità di pietre. I sicarii son così detti da *sica* che significa pugnale. Per la medesima legge son puniti di morte i veneficii i quali con arti odiose tanto di veleni, quanto di magici incantamenti avessero ammazzato qualcuno, o che avessero pubblicamente venduto medicamenti nocivi.

Questa legge CORNELIA DE SICARIIS ET VENEFICIIS, o semplicemente CORNELIA DE SICARIIS (1), appartiene alla dittatura di Cornelio Silla, anno di Roma 672, o 673. Noi nel corso di quest'opera abbiamo avuto più d'una volta occasione di farne parola. Probabilmente questa medesima legge conteneva talune disposizioni intorno a certe ingiurie (Ved. qui sopra lib. 4. tit. 4. § 8).

VI. *Alia deinde lex asperrimum crimen nova poena persequitur, quae* POMPEIA de parricidiis *vocatur, qua cavetur, ut si quis parentis, aut filii, aut omnino adfectionis ejus quae nuncupatione parricidii continetur, fata properavit, sive clam, sive palam id ausus fuerit, nec non is cuius dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, poena parricidii puniatur, et neque gladio, neque ignibus, neque ulla alia solemni poena subiiciatur: sed insutus culeo cum cane, et gallo gallinaceo, et vipera et simia et inter eas ferales angustias comprehensus, secundum quod regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare, vel in amnem proiiciatur; ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, et ei coelum superstiti, et terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas coniuncta necaverit, poenam legis Corneliae de sicariis sustinebit.*

6. Un'altra legge poi perseguita con nuova pena un asprissimo delitto, la qual'è chiamata la legge POMPEA *dei parricidii*. Questa legge dispone che chiunque avrà affrettata la morte del padre, del figliuolo, e di qualunque altro suo parente la cui uccisione va compreso sotto il nome di parricidio, o che l'abbia fatto palesemente o nascostamente, chiunque abbia istigato questo misfatto o sia complice, quantunque sia strano alla famiglia, sarà punito con la pena del parricidio; e non patirà pena di ferro, o di fuoco, o alcun' altra pena ordinaria, ma cucito in un sacco con un cane, un gallo, una vipera ed una scimia, ristretto in quelle angustie di morte, secondo che porterà la qualità del paese, sarà gittato o nel vicino mare, o in un fiume, acciocchè essendo ancora vivo, cominci a mancargli l'uso di tutti gli elementi, ed acciocchè, vivo ancora, gli sia tolta la vista del cielo, e morto, gli manchi la terra. Ma se alcuno avesse ammazzato altre persone congiunte per cognazione o affinità, sarà punito per la legge Cornelia degli omicidii.

La legge POMPEA DE' PARRICIDI (2) pare doversi riportare all'anno di Roma 701, sotto il consolato di Cn. Pompeo. Il supplizio col quale essa punisce il parricidio non è nuovo, ma proviene da' tempi antichi, e dalla legge delle XII Tavole, secondo quel che abbiam detto nella storia della legislazione (p. 126). Esso non è stato nè esclusivamente nè sempre applicato a' parricidi. Sotto il nome di parricidio la legge Pompea avea compresa non solamente l'uccisione di un ascendente, ma anco quella di un collaterale fino al grado di cugino, o di un affine in linea retta, al primo grado, o finalmente di un padrone o di una padrona. E lo stesso è a dire dell'uccisione pe' figliuoli commessa dalla madre o dall'avolo, ma non già di quella commessa dal padre (3).

VII. *Item lex* CORNELIA de falsis, *quae etiam testamentaria vocatur poenam irrogat ei qui testamentum, vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subiecerit, quive signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit sciens dolo malo. Ejusque legis poena in servos ultimum supplicium est, quod etiam in lege de sicariis et veneficiis servatur: in liberis vero deportatio.*

7. La legge CORNELIA *del falso*, la quale è anche chiamata testamentaria, punisce colui che avrà scritto, segnato, recitato, o presentato un testamento o altro istrumento falso; e colui che scientemente e con dolo avrà fatto, scolpito, o apposto un falso suggello. La pena di questa legge contro gli schiavi è la morte, il che si osserva eziandio nella legge degli omicidii, e de' veneficii; contro gli uomini liberi è la deportazione.

Questa è la legge CORNELIA DE FALSIS (4), o CORNELIA TESTAMENTARIA, o anche, come la chiama Cicerone, CORNELIA TESTAMENTARIA NUMMARIA, perchè nelle sue disposizioni era compreso il falso in materia di testamenti, e di monete. Essa fu, come la legge *Cornelia de sicariis* (5), pubblicata sotto la dittatura di Cornelio Silla. Noi n.

(1) *D. 48, 8.* Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis.
(2) *D. 48, 9.* De lege Pompeia de par.
(3) *D. 48, 9, 1, f.* Macer.; 3, e 4.
(4) *D. 48, 10.* De lege Cornelia de fals. et de S.C. Liboniano.
(5) *Cic.* Verr. 2, 1, 42.

abbiamo ragionato più volte nel corso delle nostre spiegazioni.

VIII. *Item lex* Julia de vi publica seu privata *adversus eos exoritur qui vim vel armatam vel sine armis commiserint. Sed si quidem armata vis redarguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur; si vero sine armis, in tertiam partem bonorum pubblicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduae, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc et peccatores et ii qui opem flagitio dederunt, capite puniuntur, secundum nostrae constitutionis definitionem, ex qua hoc apertius est scire.*

8. Similmente la legge Giulia *della violenza pubblica o privata* punisce coloro i quali avranno fatto violenza con armi, o senza. Se apparirà aver alcuno fatta violenza con armi, la pena per la legge Giulia sarà la deportazione, se poi senz'armi, si confischerà la terza parte de' suoi beni. Ma se egli avrà per forza rapito una vergine, una vedova, una monaca, od altra persona, in questo caso il rapitore, e coloro eziandio che gli avranno dato ajuto son puniti di morte secondo l'ordine della nostra costituzione, nella quale si può veder più largamente questa materia.

L'origine di questa legge Julia de vi publica et privata (1) è per noi incerta tra l'epoca di Cesare e quella di Augusto. Egli è utile di consultare ciò che ne dicono i titoli del Digesto, e le Sentenze di Paolo principalmente per ben notare la distinzione tra la violenza pubblica, e la privata (2).

IX. *Item lex* Julia peculatus *eos punit qui pecuniam, vel rem publicam, vel sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed si quidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniantur, et non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his scientes susceperint. Alii vero qui in hanc legem inciderint, poenae deportationis subjicientur.*

9. La legge Giulia *del peculato* punisce coloro che avranno rubato danaro o cose pubbliche, sacre o religiose. Ma se i giudici medesimi nel tempo dell'amministrazione avranno rubato il danaro pubblico, saranno puniti di morte, e non solamente essi, ma anco coloro che li avranno ajutati a ciò fare, e che scientemente avranno raccettato il danaro rubato. Ma gli altri che cadranno in questa legge saranno deportati.

La legge Julia *peculatus* (3) debba ancora attribuirsi o a Cesare o ad Augusto: noi non sappiamo a quale de' due. Il delitto di peculato è il delitto di furto, o stornamento a proprio profitto de' danari pubblici, o sacri, o religiosi.

X. *Est inter pubblica judicia lex* Fabia *de plagiariis, quae interdum, capitis poenam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem.*

10. È parimente tra i giudizii pubblici la legge Fabia *de' plagarii*, per la quale qualche volta si punisce il colpevole con pena capitale secondo le sacre costituzioni, e qualche volta con pena più leggiera.

L'origine della legge Fabia *de plagiariis* (4) ci è ignota. Sappiamo soltanto che non è posteriore a' tempi di Cicerone, giacchè se ne fa menzione in una delle sue aringhe (5). Va soggetto a questa legge colui che di mala fede (*dolo malo*) ha celato, messo o tenuto in ceppi, venduto, donato, o comperato un cittadino romano, ingenuo o libertino, o anche uno schiavo altrui, senza il consenso del padrone; che la legge ha un secondo capo relativo a questo caso (6).

XI. *Sunt praeterea publica judicia lex* Julia de ambitu, *lex* Julia *repetundarum, et lex* Julia de annona, *et lex* Julia de residuis *quae de certis capitulis loquuntur, et animae quidem amissionem non irrogant, aliis autem poenis eos subiciunt, qui praecepta earum neglexerint.*

11. Sono pure tra i giudizii pubblici la legge Giulia *del broglio*, la legge Giulia *della concussione*, la legge Giulia *dell'annona*, e la legge Giulia *de' residui*, le quali tutte risguardano certi fatti speciali, e non danno per pena la morte; ma sottopongono ad altre pene quelli che contravverranno ai loro precetti.

Julia *de ambitu* (7): Pubblicata sotto Augusto (8) contro gli artifizii o mezzi illeciti adoperati a comprare, a violentare, o corrompere i suffragi per farsi nominare a pubblici uffizi. Parecchie altre leggi erano state successivamente promulgate sul medesimo soggetto, prima della legge *Julia*. Essa in processo di tempo era divenuta inapplicabile, essendochè gli uffizii e le dignità si conferivano dal principe.

Julia *repetundarum* (9): Pubblicata sot-

(1) *D. 48, 6*, Ad leg. *Jul. de vi pub.*; tit. 7. ad leg. Jul. de vi priv. Da questi due differenti titoli potrebbe alcuno esser indotto a conchiudere che vi erano due leggi *Julia*, una sulla violenza pubblica, l'altra sulla violenza privata; ma questo, secondo noi, sarebbe un errore.

(2) *Paul. Sent. 5, 26.*

(3) *D. 48, 13*, Ad leg. Jul. pecul. et de sacrileg. et residuis.

(4) Ivi *48, 15*, De leg. Fabia de plag.

(5) Cic. pro Rabirio *3.*

(6) *Collatio leg. Mos. et Rom. 14*, § *3, f. Ulp.— Paul. Sent. 5, f. 30.*

(7) D. *48, 14*, De leg. Julia ambitus.

(8) *Sueton. Octav. 34.*

(9) D. *48, 11.* De lege Julia repet.

to Giulio Cesare contro qualunque giudice, magistrato o pubblico uffiziale, che avesse ricevuto danaro, od altra ricompensa per non fare il dover della sua carica, per fare più, o meno, o anche per conformarvisi.

Julia *de annona* (1). Non si conosce se appartiene a Cesare o ad Augusto. La parola *annona* che significa spezialmente il frumento, dinota qui ogni spezie di viveri. La legge punisce coloro che per mezzo di coalizioni, o di altri qualsivogliano artifizii tentassero d'impedirne l'entrata, o di farne incarire il prezzo.

Julia *de residuis*. Questa per l'analogia della materia si rannoda alla legge *Julia peculatus* (2), e parimente s'ignora se debbasi attribuire a Cesare o ad Augusto. Essa punisce coloro che indebitamente ritenessero i danari pubblici, di cui dovesser dar conto per effetto di locazione, compra, o altra cagione qualunque; o che fossero stati loro confidati per qualsivoglia uso nel quale non li avesse adoperati (3).

XII. *Sed de publicis iudiciis haec exposuimus ut vobis possibile sit summo digito, et quasi per indicem ea tetigisse; alioquin diligentior eorum scientia vobis ex latioribus digestorum seu Pandectarum libri, Deo propitio, adventura est.*

12. Ma noi abbiamo esposto le sopra dette cose intorno a'giudizii pubblici, acciocchè voi possiate avere una certa notizia ed indicazione di questa materia. Del resto voi, piacendo a Dio nè acquisterete dagli ampi libri del Digesto o delle Pandette una più minuta e profonda cognizione.

---

(1) *Ivi 12* De lege Julia de annona.
(2) *Ivi 13* Ad leg. Juliam peculatus et de sacril. et de resid.
(3) *Ivi 2, f. Paul. — 4,* §§ *3, 4, e 5, f. Marcian. 9, f. Paul.*

FINE.

INDICE DEL SECONDO VOLUME

LIBRO TERZO

TIT. I. *Delle eredità che si danno ab intestato.* . . . . . pag. 5
Eredi suoi secondo la legge delle Dodici Tavole. 6
Discendenti chiamati al grado di eredi suoi dal diritto pretorio. 10
Discendenti chiamati al grado di eredi suoi dalle costituzioni imperiali anteriori a Giustiniano. 12
Discendenti chiamati al grado di eredi suoi dalle costituzioni di Giustiniano. . . . 13
TIT. II. *Successione legittima degli agnati* . 15
Agnati secondo la legge delle Dodici Tavole. 16
Giurisprudenza intermedia rispetto agli agnati. 17
Diritto pretorio rispetto agli agnati. . . . 18
Parenti chiamati nel luogo degli agnati dalle costituzioni anteriori a Giustiniano. 19
Parenti chiamati nel luogo degli agnati per le costituzioni di Giustiniano. . . . ivi
Della successione de' gentili. 23
TIT. III. *Del senato consulto Tertulliano.* . 33
TIT. IV. *Del senato consulto Orfitiano.* . . 37
TIT. V. *Della successione de' cognati.* . . 39
TIT. VI. *De' gradi delle cognazioni.* . . . 41
TIT. VII. *Della successione de' libertini.* . 44
Successione de' libertini secondo le Dodici Tavole. 45
Successione de' libertini secondo il diritto pretorio. ivi
Successione de' libertini secondo la legge Papia Poppea. 46
Successione de' libertini secondo Giustiniano 47
TIT. VIII. *Dell' assegnazione de' libertini.* . 49
TIT. IX. *De' possessi de' beni.* 50
Della collazione. 60
Del diritto di accrescere tra coeredi. . . 61
Della trasmissione delle eredità. ivi
Di coloro ai quali come ad indegni son tolti i beni. 62
Azioni relative all' eredità ab intestato ed ai possessori di beni. ivi
Novelle di Giustiniano sulle successioni ab intestato. 63
Delle successioni universali diverse dall'eredità. 65
TIT. X. *Dell'acquisto per l'arrogazione* . . ivi
TIT. XI. *Di colui al quale son dati i beni per conservare la libertà.* 66
TIT. XII. *Dell' abolizione delle successioni le quali aveano luogo per la vendita dei beni, e pel S. C. Claudiano.* 69
Reassunto del libro terzo Tit. I. a XII. . 71
TIT. XIII. *Delle obbligazioni.* 76
Nozione dell'obbligazione. ivi
Subbietto ed obbietto dell'obbligazione . . ivi
Diverse specie di obbligazioni. 77
Effetti dell'obbligazione. 78
Fonti o cagioni delle obbligazioni in generale. ivi
De' contratti — Delle convenzioni o patti . 81
TIT. XIV. *In qual modo le obbligazioni si contraggono per la cosa.* 82
Azioni che nascono da' contratti formati (re) per la cosa. 88
TIT. XV. *Delle obbligazioni delle parole* . . 90
Azioni che nascono dalle stipulazioni . . 98
TIT. XVI. *De' due rei di stipulare e promettere* 99
TIT. XVII. *Delle stipulazioni degli schiavi* . 103
TIT. XVIII. *Della divisione delle stipulazioni.* 107
TIT. XIX. *Delle stipulazioni inutili.* . . . 112
Delle adstipulazioni e delle promesse accessorie ad una stipulazione e ad una promessa principale; — Ovvero dell' adstipulator e dell'adpromissor. 131
Dell'adstipulator. 132
Degli sponsores, *e de'* fidejussores. . . . 133
TIT. XX. *De' fidejussori.* 135
Azioni relative alle adstipulazioni, ed alle adpromissioni. 139
Del S. C. Vellejano; di ciò che s' intende per intercessione, e per intercessori . . 141
TIT. XXI. *Dell'obbligazione letterale* . . . 142
De' registri domestici tabulae — (codex), e delle iscrizioni di credito dette arcaria. 143
De' nomina per eccellenza, o nomina transcriptitia, *e dell'espensilazione.* . . . 144
De' chirographa, *delle* syngraphae, *e delle* cautiones. 150
Dell'eccezione non numeratae pecuniae . 153
TIT. XXII. *Dell' obbligazione per solo consenso.* 156
TIT. XXIII. *Della compra-vendita.* . . . 157
Della forma del contratto di vendita; del consenso, della scrittura, e delle caparre. 158
Dell'oggetto delle obbligazioni nel contratto di vendita 159
Degli effetti del contratto di vendita. . . 162
Delle modalità del contratto di vendita, e delle clausole particolari che vi si possono aggiungere 168
Della rescissione della vendita 169
Azioni relative al contratto di vendita. . 170
TIT. XXIV. *Della locazione.* 171
Dell'enfiteusi, e del diritto di superficie. . 172
Effetti del contratto di locazione. . . . 175

Estinzione del contratto di locazione pag. 176
Azioni relative al contratto di locazione . 177
TIT. XXV. *Della società* 178
Azioni relative alla società 183
TIT. XXVI. *Del mandato*. 184
Azioni relative al mandato 193
De' patti, e de' casi in cui dan luogo ad un azione. ivi
Casi ne' quali i patti si trovano muniti di azioni pel diritto civile: Patti che son detti aggiunti; Contratti formati re detti contratti innominati; Permuta. . . . ivi
Patti muniti di azione pel diritto pretorio; Patti che son detti patti pretorii. . . 198
Patti muniti di azione pel diritto imperiale; Patti che son detti legittimi. . . . 199
De' patti nudi. ivi
Convenzioni proibite: il giuoco, la scommessa. 200
TIT. XXVII. *Delle obbligazioni che nascono quasi da un contratto*. ivi
Della prestazione delle colpe. 204
Messa in mora 207
Interessi (usurae). 208
TIT. XXVIII. *Per quali persone ci si acquista un'obbligazione* 210
Della cessione delle obbligazioni. . . . 212
TIT. XXIX. *In che modo si scioglie l' obbligazione*. ivi
Reassunto del lib. terzo Tit. XIII a XXIX. 223

LIBRO QUARTO

TIT. I. *Delle obbligazioni che nascono da delitto* 236
Azioni relative al furto. 242
TIT. II. *Dell'azione de' beni tolti per forza* . 245
TIT. III. *Della legge Aquilia*. 248
TIT. IV. *Delle ingiurie*. 253
TIT. V. *Delle obbligazioni le quali nascono per quasi delitto* 260
Sorgenti o cause delle obbligazioni naturali. 263
Reassunto del libro quarto tit. 1 a 5. . . 267
TIT. VI. *Delle azioni* 269
PRIMO SISTEMA *delle azioni della legge* (legis actiones). 270
Origine e carattere generale di questo sistema. ivi
Organizzazione del potere giuridico e giudiziario sotto il regime delle azioni della legge. 272
Azioni delle leggi per le liti. Dell' azione sacramenti. 277
Dell'azione per judicis postulationem. . . 282
Dell'azione per condictionem. 284
Azioni della legge per l'esecuzione. Dell'azione per manus injectionem . . . 286
Dell' azione per pignoris capionem. . . 289
Reassunto e complesso d' una procedura sotto il sistema delle azioni della legge. ivi
SECONDO SISTEMA. *della procedura per formole* (ordinaria judicia). 292
Origine e svolgimento di questo sistema. . ivi
Ordinamento del potere giuridico e giudiziario sotto il regime della procedura formolaria. 301
Parti principali delle formole (partes formularum). ivi
Parti accessorie (adjectiones), *Prescrizioni* (praescriptiones, praejudicia), *Eccezioni, repliche, dupliche, etc.* (exceptio, replicatio, duplicatio, triplicatio etc. . 304
Del modo di comporre la formola . . . 309
Delle varie specie di azioni ivi
Azioni in rem, o in personam. *Pretesa classe di azioni personali* in rem scriptae. *Pretese azioni* mixtae tam in rem quam in personam. Condictiones. . . 310
Azioni in jus, o in factum. *Azioni dirette*, (directae), *o utili*, (utiles). *Azioni finte* (fictitiae actiones). *Azioni* in factum praescriptis verbis 316
Azioni di stretto diritto (stricti juris judicia), *di buona fede* (bonae fide), *azioni arbitrarie* (arbitrariae). 320
Azioni legittime (legitima judicia, *o contenute nel potere del magistrato* (imperio continentia). 327
Interdetti 328
Procedura straordinaria (extraordinariae cognitiones, in integrum restitutiones). *Immissioni in possesso* (missiones in possessionem). 329
Vie di esecuzione forzata. Arresto personale (duci jubere) *vendita in massa de' beni* (missio in possessionem, proscriptio et emptio bonorum). *Vendita in massa per causa pubblica* (bonorum sectio, sectores) *Cessione di beni* (bonorum cessio, bonis cedere). *Vendita in particolare de' beni* (bonorum distractio). *Presa di pegno pretorio* (pignoris capio, pignus judicati causa captum, pignus praetorium). *Azione della cosa giudicata* (actio judicati). 332
Reassunto e quadro di una procedura sotto il sistema formolario 337
TERZO SISTEMA *Della procedura straordinaria* (extraordinaria judicia). 342
Origine e svolgimento di questo sistema. . ivi
Organizzamento del potere giudiziario sotto il regime della procedura straordinaria ivi
Reassunto e quadro d'una procedura sotto il sistema della procedura straordinaria segnatamente al tempo di Giustiniano. 343
Azioni reali, azioni personali. Azioni civili o pretorie sia reali sia personali. Azioni pregiudiziali 344
Azioni persecutorie della cosa; d'una pena o azioni penali; della cosa e d'una pena insieme, ovvero azioni miste 348
Azioni che sembrano esser miste tanto in rem *quanto* in personam 360
Azioni pel semplice, e pel doppio, pel triplo, pel quadruplo 361
Azioni di buona fede, azioni di stretto diritto, azioni arbitrarie. 364
Della condanna. Domanda maggiore (plus petitio), *ed altri errori nella domanda. Cagioni che possono diminuire l'ammontare della condanna. Beneficio di competenza. Compensazione. Cessione di beni*. 368
TIT. VII. *Di contratti fatti con persone sottoposte all'altrui potestà* 377
TIT. VIII. *Delle azioni nossali* 385
TIT. IX. *Del danno cagionato da un quadrupede*. 387
TIT. X. *Di coloro per mezzo de' quali possiamo agire*. 388

Tit. XI. *Delle sicurtà.* . . . . . pag. 391
Tit. XII. *Delle azioni perpetue o temporali, e di quelle che passano agli eredi e contro gli eredi.* 393
Reassunto *del libro IV. tit. VI: a XII.* . . 395
Tit. XIII: *Delle eccezioni.* 404
Eccezioni perpetue e perentorie, eccezioni temporali e dilatorie. 413
Tit. XIV, *Delle repliche.* 416
Delle prescrizioni 418
Tit. XV. *Degl'interdetti* ivi
Interdetti proibitorii, o restitutorii, o esibitorii. 421
Interdetti per acquistare, per ritenere, per ricuperare; o interdetti doppii nel senso che si danno tanto per acquistare, quanto per ricuperare il possesso 423
Interdetti semplici, ed interdetti doppii nel senso che ciascuna delle parti è nel tempo stesso attore e convenuto. 429
Della procedura in materia d'interdetti. . ivi
Tit. XVI. *Delle pene contro i litiganti temerarii*
Tit. XVII. *Dell'ufficio del giudice* 435
Reassunto del libro quarto tit. XIV a XVII. 438
Tit. XVIII. *Delle accuse pubbliche.* . . . 443

Fine dell' Indice del volume secondo.

AVVERTENZA

Vol. I.°, Prefazione, pag. X. alla nota ultima aggiungi:
La edizione di Blondeau è quella de' testi antegiustinianei
Del Corpus juris Civilis indichiamo le altre tre seguenti edizioni attualmente più conosciute a Parigi: — Quella di Galisset Editio quarta 1850, in-4.° *relié avec onglets*-prezzo 30 fr.
Editio Stereotype — C. Tauchnitii, cura D. S. Beck, in-4.° fr. 30.
Editio fratrum Kriegelii - Lipsiae 3 vol. in 4.° fr. 25.

Vol. II.°— Dalla pag. 113 a 120 al titolo, dove dice Tit. XVIII. Della divisione delle stipulazioni, Leggi—Tit. XIX. Delle stipulazioni inutili.
Dalla p. 363 a 370, Leggi 361 a 368.
A pag. 391 al titolo, dove dice tit. X della Società, leggi Tit. XI della Sicurtà.
Pag. 395. Reassunto: dove dice tit. VI a XIII leggi; tit. VI a XII.

CONSIGLIO GENERALE DI PUBBLICA ISTRUZIONE

Vista la domanda del Tipografo Pasquale Androsio, con la quale ha chiesto di porre a stampa l'opera di diritto del signor Ortolan intitolata: *Spiegazione storica delle Istituzioni di Giustiniano.*

Visto il parere del Regio Revisore sig. D. Placido de Luca.

Si permette che l'indicata opera si stampi, ma non si pubblichi senza un secondo permesso che non si darà se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di aver riconosciuto nel confronto esser l'impressione uniforme all'originale approvato.

Il Presidente — Capomazzo
Il Segretario — Giuseppe Pietrocola